

THÈSE DE
PARIS.
1891
N^o. 53.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES PREUVES

EN DROIT PRIVÉ

DROIT FRANÇAIS

ESSAI

SUR LES

PRÉSUMPTIONS LÉGALES

EN MATIÈRE CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Paul GEFFROY

Avocat à la Cour d'Appel
Lauréat de la Faculté de Paris

PARIS

J. DELAMOTTE, ÉDITEUR

85, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 85

1891

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

.... Comme quelqu'un pourrait dire de moy
que j'ai seulement faict icy un amas de
fleurs estrangières, n'y ayant fourny du mien
que le filet à les lier.

(MONTAIGNE, *Essais*, liv. III, ch. XII.)

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES PREUVES
EN DROIT PRIVÉ

DROIT FRANÇAIS

ESSAI

SUR LES

PRÉSUMPTIONS LÉGALES
EN MATIÈRE CIVILE

E POUR LE DOCTORAT

PAR

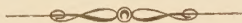
Paul GEFFROY

Avocat à la Cour d'Appel
auréat de la Faculté de Paris

les matières ci-après sera soutenu le Lundi 20 avril 1891.

PRÉSIDENT: M. LYON-CAEN.

SUFFRAGANTS: { M. RENAULT, Professeur.
M. LARNAUDE, } Agrégés.
M. CHAVEGRIN, }



PARIS

J. DELAMOTTE, ÉDITEUR

85, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 85

1891

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS-PARENTS

A MON PÈRE — A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DES PREUVES

EN DROIT PRIVÉ

DES PREUVES

EN DROIT PRIVÉ

INTRODUCTION

§ I

I. — « *Vim volumus extinguere? Jus valeat necesse est, id est judicia, quibus omne jus continetur.* » (Cicéron, *Pro Sextio*, XLIII.) — Cette formule, d'une énergique brièveté, à l'aide de laquelle Cicéron démontre la nécessité des instances judiciaires, suffit également pour justifier dans le droit l'organisation de la preuve. « *Nulla sunt judicia*, nous dit Cujas, *nisi judicem doceas, quod intendis veritate constare.* » (Paratitla in libr. quinquag. Dig., liv. XXII, tit. III.) *Inanes sunt actiones*, répète-t-il encore dans un autre passage, *nisi indubitata probationis fide apud judicem competentem liqueat vera esse quæ in judicium adducuntur* (1). » (Paratitla in libr. IX. Codic. Justiniani, liv. IV, tit. XIX.)

(1) Nous découvrons la vérité, suivant M. Bonnier, lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître. « *Prouver*, c'est établir l'existence de cette conformité. Les

L'intelligence humaine est circonscrite dans d'étroites limites, et notre expérience personnelle nous montre à tous moments que nous avons peine à bien connaître même ce qui se passe au dedans de nous. Si la sagesse porte l'homme à se méfier de son propre jugement, la prudence lui conseille de n'accepter qu'avec réserve celui des autres, à moins que ce jugement ne s'appuie sur des bases solides. Écarter le doute légitime qui s'attacherait aux décisions des tribunaux, défendre les juges contre tout soupçon d'arbitraire, en ne leur permettant de statuer qu'après avoir approfondi par des moyens déterminés à l'avance les litiges qui leur sont soumis ; choisir, pour arriver à la découverte de la vérité, les instruments les plus simples, que tous puissent apprécier, où chacun doive puiser une égale confiance : tels sont les motifs et les besoins qui ont présidé à l'introduction des preuves dans l'administration de la justice. Entourer de garanties la sincérité de la preuve, c'est affermir le principe de l'autorité de la chose jugée.

§ II

II. — Ainsi envisagée, la matière des preuves présente de

preuves sont les divers moyens par lesquels l'intelligence arrive à la découverte de la vérité. (Bonnier, *Traité des preuves*, Introd., n° 1.) Mais il ne faudrait pas entendre cette définition en ce sens que le terme *preuve* signifie tout ce qui peut déterminer la conviction. Une telle acception serait trop large, et comporterait de nombreuses chances d'inexactitude. La preuve n'est pas la force à laquelle l'esprit cède ou se trouve contraint de céder, mais celle à laquelle il *devrait* céder, celle qui, en s'imposant à lui, rendrait sa croyance conforme au fait, lorsque toutes les facultés auraient été consultées et se seraient trouvées d'accord pour affirmer la conformité de la pensée avec le fait. Ainsi, qu'une association d'idées, solidement conçues les unes par rapport aux autres, fasse naître dans notre intelligence une conviction invariable, absolue, elle ne constituera pas néanmoins une preuve si elle a son point de départ dans un fait non suffisamment confirmé par l'expérience. Ainsi encore une tendance, quelque forte et générale qu'elle puisse être, de l'esprit à croire à la vérité d'un fait ne devrait pas être assimilée à une preuve, quand même cette croyance apparaîtrait comme instinctive. En décider autrement, ce serait reconnaître que, d'une part, l'homme, dans certains cas, se verrait nécessairement forcé d'admettre des choses dont la réalité n'est point assurée ; qu'il pourrait y avoir contradiction entre les sens, la conscience et la raison ; et que, d'autre part, une croyance suffirait par elle seule à garantir la vérité de l'objet de cette croyance.

Cette remarque recevra d'ailleurs plus loin son application.

nombreux titres à l'attention du législateur. Intimement unie à l'ordre public, elle réclame une organisation à la fois satisfaisante pour l'intérêt social, et conforme aux mœurs, aux habitudes, aux croyances de ceux qu'elle est destinée à protéger. Sans doute, si tous les hommes étaient justes, si les lois de la probité étaient universellement observées, la preuve pourrait se passer de règles. Peut-être aussi prétendrait-on, avec quelque apparence de raison, que même dans un état moins idéal, à prendre l'humanité telle qu'elle est, le législateur se rapprocherait d'avantage de l'ordre naturel en abandonnant la preuve à la libre appréciation du juge. Prouver, dirait-on, c'est établir certains faits ; mais les faits tiennent aux causes les plus diverses et se manifestent sous les aspects les plus variés. Comment déterminer *à priori* les moyens de vérifier leur existence alors que tous les jours, dans les circonstances les plus communes de la vie, ce qui se passe sous nos yeux nous échappe et nous fournit l'occasion de nous convaincre de nos erreurs. Tel procédé, recommandable dans un cas, peut être défectueux dans un autre, presque identique au premier, mais modifié par quelque changement à peine appréciable et du reste imprévu (1). Qui donc, au contraire, mieux que le magistrat lui-même, peut réfléchir sur les habitudes des hommes au milieu desquels il vit, en suivre les transformations, tenir compte des éléments de temps et de lieu, mettre au jour les intérêts qui se cachent, scruter les consciences, choisir la route la plus favorable pour parvenir à la vérité ? Personne autant que lui ne saurait s'instruire des artifices mis en usage et sans cesse renouvelés pour éluder la loi, personne autant que lui n'est armé pour les combattre. Craignons enfin de rendre la conviction plus difficile en imposant des modes de l'acquérir. « *Hoc ergo*

(1) « La plupart des vérités, qui sont la matière des questions de fait, écrivait d'Aguesseau, ne sont pas des vérités naturelles et immuables, mais des « vérités arbitraires, dépendantes de l'inconstance de la volonté des hommes, « et comme elles sont incertaines par leur nature, les preuves sur lesquelles « elles sont fondées ne peuvent jamais avoir ce caractère de fermeté et d'évidence capable de produire une conviction entière et de former une démonstration parfaite. » (T. II, p. 538.)

solum tibi rescribere possum summatim, porte un rescrit de l'empereur Adrien, *non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* » (Dig., I, 3, § 2 *in f.*, liv. XXII, tit. V., *De testib.*)

III. — Ces considérations, qui répondent à deux points de vue différents, ont donné naissance à deux systèmes radicalement opposés : le système de la *Preuve légale*, et celui de la *Preuve simple*. Le premier énumère, précise les preuves qui doivent être reçues en justice et leur attribue une valeur fixe et déterminée dont le juge ne peut s'écarter. Selon l'expression de M. Hélie, le juge, dans ce système, n'est plus « qu'un instrument impassible chargé de vérifier chaque élément, chaque circonstance du fait, et d'évaluer, suivant des prescriptions doctrinales, sa force probante : c'est une opération toute mathématique, un tarif à appliquer. » (*Instr. cr.*, t. V, p. 414.)

Le système de la preuve simple s'en remet au contraire à la conscience du magistrat, lui laisse pleine liberté pour établir son jugement et ne lui demande aucun compte des moyens par lesquels sa conviction s'est formée (1).

IV. — Nous n'avons pas à prendre parti pour l'une ou l'autre de ces deux théories. Le caractère de cette étude et son étendue restreinte ne nous le permettent pas ; nous devons nous borner à quelques rapides observations. Si l'application de la preuve légale peut, lorsqu'elle est poussée à ses dernières conséquences, entraîner de graves inconvénients et faire dégénérer la justice en « l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde » (Bentham), une législation qui accorderait aux magistrats pleins pouvoirs en matière de preuves, sans instituer aucune règle à laquelle juges et parties soient tenus d'obéir, présenterait des dangers non

(1) La discussion de ces deux systèmes présente de l'importance surtout en droit pénal. — Mais l'étude des preuves au point de vue de la législation criminelle ne rentre pas dans le cadre de ce travail.

moins redoutables. Les sentences des tribunaux seraient vite taxées d'arbitraire et la justice tomberait dans le discrédit, car la parfaite honorabilité des juges, leur intégrité, même le bien fondé de leurs décisions ne suffiraient pas à les défendre contre le soupçon de partialité. Dans une telle législation, le témoignage, l'enquête occuperaient d'ailleurs nécessairement une place prépondérante, alors qu'ils ne doivent être admis, du moins en matière civile, qu'avec la plus grande circonspection. Sans ériger en axiome le vieil adage « qui mieux abreuve, mieux preuve », il est constant que trop souvent des parties peu scrupuleuses tirent profit de la mauvaise foi des témoins, quelquefois même, prétendent les mécontents, de l'infidélité de ceux devant lesquels déposent ces témoins.

V. — Mais allons plus loin et, faisant abstraction complète de la confiance que doit inspirer la justice, envisageons uniquement les résultats qu'il s'agit d'obtenir dans sa répartition. A ce nouveau point de vue, il est incontestable que le système de la preuve simple est susceptible de produire d'excellents effets. Des hommes d'une intelligence supérieure, instruits dans la pratique du cœur humain, trouveront, grâce à cette absence de toute règle, les moyens les moins faillibles, en même temps que les plus simples, pour arriver à la découverte du vrai, et leur conscience sera le meilleur guide de leurs investigations. Mais c'est pour la moyenne de l'entendement humain que nous raisonnons, et ces intelligences supérieures, ces esprits éclairés, constituent des personnalités isolées, perdues en quelque sorte dans la masse d'une société. Au moins doit-on souhaiter que leur passage laisse quelque trace et que ceux qui, autour d'eux ou après eux, seront appelés à rendre la justice suivent leur exemple et profitent de leurs instructions. Dès lors, on se trouve en présence d'une alternative inévitable. Ou bien ces juges d'élite traduiront sous une forme concrète, comme préceptes d'une méthode, ce qui jusque-là était resté pour eux dans le domaine de la conscience, de l'intuition personnelle, de la pensée : ne touchons-nous pas ainsi de bien près à l'origine même de la

théorie de la preuve légale? Car, pour dégager complètement cette théorie, il va suffire de donner le caractère de règles impératives aux préceptes posés. Ou bien, et nous passons au second terme de l'alternative, à ces hommes doués d'une sûreté de jugement si remarquable on ne demandera pas de faire connaître, d'exprimer les raisons de leur succès dans le discernement, d'établir les propositions générales correspondantes à leur procédé d'action. On se contentera de les observer, de les admirer, mais, faute d'une maxime définie, il sera bien à craindre qu'il n'arrive à leurs observateurs ce qui advint à ce manufacturier écossais dont parle Stuart Mill. Il avait fait venir, avec un très haut salaire, un ouvrier teinturier, célèbre par son habileté à produire de magnifiques couleurs, pour qu'il enseignât sa manière d'opérer à ses autres ouvriers. L'ouvrier vint; mais son procédé pour doser les ingrédients, qui était tout le secret des résultats obtenus, consistait à les prendre par poignées et il lui fut impossible de communiquer son habileté à personne. « Ses propres expériences répétées, dit M. Stuart Mill, avaient établi dans son esprit une connexion entre les beaux effets de couleurs et ses perceptions tactiles dans le maniement des matières tinctoriales. Il pouvait bien, dans chaque cas particulier, inférer de ces perceptions les moyens à employer et les effets produits, mais il ne pouvait pas communiquer aux autres les raisons de sa manière de faire, faute de les avoir généralisées et formulées dans le langage. » (*Système de Logique*, liv. II, chap. III, § III, trad. L. Peisse.) Ces généralisations, ces formules, en matière de preuves, ne sont autre chose que les règles dans un système rationnel de preuve légale.

VI. — Une dernière considération doit l'emporter : c'est la principale que fasse valoir le rapport du tribun Jaubert sur le projet relatif aux preuves dans le Code civil : « Outre que « l'expérience, y lisons-nous, n'a que trop appris tout ce que « l'on doit redouter du vice ou de la faiblesse, ce qui seul « justifierait les mesures que la loi prend pour constater les « conventions, nous devons aussi reconnaître que, les hom-

« mes se succédant sur la terre et les obligations se transmettant d'âge en âge, il est indispensable de fixer les formes qui seules peuvent faire retrouver les traces des obligations et les preuves de la libération. »

§ III

VII. — Nous avons essayé d'exposer quel pouvait être le rôle du législateur à l'égard de la preuve. Recherchons maintenant quel doit être celui du juge. Mais avant d'aborder cette partie de notre étude, deux remarques préalables sont nécessaires. — Tout d'abord, le juge n'a de rôle, en cette matière, qu'autant que la loi lui accorde une certaine initiative. S'il est obligé de se borner, par exemple, à compter les témoignages, sans avoir le droit de les peser, des notions de calcul très élémentaires lui suffiront pour remplir convenablement son office. Il faut donc supposer cette initiative et dès lors nous n'avons plus qu'à nous demander par quelles règles le juge doit se laisser conduire dans l'*appréciation* des preuves qui lui sont soumises. Nous ferons observer en second lieu qu'il serait inutile, pour étudier la question, de l'examiner à propos de chaque moyen de preuve séparément. En effet, pour peu qu'on analyse les différents moyens en usage (1), on reconnaît sans peine que tous reposent sur le témoignage (2). Cette proposition est facile à vérifier lorsqu'il s'agit, soit de moyens de preuve tels que l'aveu, ou témoignage d'une partie se condamnant dans sa propre cause ; le serment décisive, aveu tacite de la partie qui refuse de jurer et témoignage solennel de celle qui prête le serment ; le serment supplétoire, ou témoignage du deman-

(1) Nous écartons, bien entendu, ces moyens de preuve que repousse la raison, tels que les Ordales et leurs dérivés. On ne les retrouve plus que dans quelques législations arriérées.

(2) Ici nous prenons le mot *témoignage* dans le sens, non pas seulement de déposition verbale de témoins proprement dits ou de tiers sur les faits litigieux, mais de toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. (Bonnier, *Traité des preuves*, Introduction, n° 26.)

deur ; la preuve testimoniale proprement dite, l'expertise, — soit même, quoique la relation apparaisse moins nettement, — de preuves préconstituées, telles que les écrits, authentiques ou privés (1). Il ne pourrait guère s'élever de difficulté que pour un genre particulier de preuve, celle qui résulte de l'évidence soit interne, soit externe, et que l'on a justement appelée preuve directe ou intuitive. Son application est des plus restreintes (2). Pour l'évidence externe, elle se borne aux faits dont le juge peut avoir la perception immédiate, dont il acquiert la connaissance par une expérimentation personnelle et directe (3). Quant à l'évidence interne, son domaine, si on la considérait isolément, serait encore moins étendu, puisqu'elle porterait uniquement sur les faits de conscience. Mais elle n'est, selon nous, que le réflexe de l'évidence externe, avec laquelle par conséquent elle se confond.

VIII. — Ces deux considérations, que la preuve directe est pour ainsi dire exceptionnelle, et qu'elle fait naître la conviction chez le juge sans le secours d'aucun intermédiaire, nous permettent de ne pas tenir compte de la difficulté qu'il pourrait y avoir à ramener au témoignage, comme principe, la preuve par évidence (4).

(1) Les *tailles*, ou signes convenus à l'avance, forment dans notre droit une preuve préconstituée, au même titre que la preuve écrite sous seing privé, à la nature de laquelle elles participent.

(2) V. Bonnier, *op. et loc. cit.*, n° 7. — MM. Aubry et Rau entendent par preuve directe « celle qui tend à établir le fait contesté entre les parties à l'aide de moyens de conviction empruntés immédiatement à l'expérience et s'appliquant précisément à ce fait », et par preuve indirecte « celle qui ne tend à établir le fait contesté qu'à l'aide d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits connus ». Partant de cette distinction, ils rangent parmi les moyens à l'aide desquels se fait la preuve directe les descentes et vues des lieux, les actes ou titres, les dépositions des témoins et, dans certaines circonstances, les rapports ou avis d'experts. Quant à la preuve indirecte, elle ne comprendrait que les inductions appelées présomptions de fait ou de l'homme. (VIII, § 749, texte et note 27, p. 149.) Mais il nous semble que faire rentrer dans la preuve directe les actes ou titres, les dépositions des témoins, les rapports d'experts, c'est oublier que ces différents modes de preuve reposent eux-mêmes sur des inductions, souvent de plusieurs degrés, et qu'ainsi ils excluent la conviction immédiate, intuitive, qui seule peut constituer la preuve directe. Nous reconnaissons d'ailleurs que la question présente seulement un intérêt de classification.

(3) Le type de la preuve par évidence directe serait la descente sur lieux, l'expertise opérée par le juge lui-même.

(4) Pour pouvoir affirmer que toute preuve, sans distinction, se résume en

En effet, si nous cherchons à faire cette généralisation pour tous les autres modes d'informations judiciaires, c'est qu'il est possible d'indiquer à quels préceptes de raison le juge doit se conformer dans l'admission de preuves où le raisonnement, l'induction occupent une place prépondérante. Mais lorsqu'il s'agit de l'évidence, le même objet est impossible à réaliser; car supposer l'évidence, c'est se placer en face d'une conviction qui, pour employer l'expression de Descartes, « n'est point un ouvrage de notre raisonnement (1), » ou dans laquelle le raisonnement est tellement instantané qu'il passe inaperçu, se confondant avec le sentiment de l'évidence, au moment même où l'esprit l'acquiert. En outre, la preuve d'un fait ne peut donner lieu à aucun phénomène d'évidence interne qui n'ait son point de départ, son origine, dans une perception de nos sens (2); dès lors nous sommes bien fondés à

un témoignage, il faudrait considérer le rapport, non plus de justiciable à juge, mais de juge à justice, celle-ci envisagée comme entité supérieure au juge. A ce point de vue, la conclusion, bien que différente de celle que nous poursuivons dans le texte, n'est pas dénuée de tout intérêt. — Une société choisit des juges : que fait-elle ? Elle leur donne la mission d'examiner les différends qui leur seront soumis et décide à l'avance qu'elle fera respecter leurs décisions, c'est-à-dire qu'elle admettra comme prouvé ce qu'ils déclareront tel, que ce dont ils témoigneront sera pour elle la vérité. En réalité, le caractère du juge se dédouble et présente deux manières d'être : dans la première il remplit un rôle spécial, qui lui laisse toute sa personnalité : il apporte son témoignage; — dans la seconde, il statue conformément à ce témoignage mais ici son rôle est moins personnel, puisqu'il n'est plus que le représentant de la société se manifestant dans son attribut justice. — Ainsi, vis-à-vis de ce pouvoir social qui est la conception la plus élevée de la justice, le magistrat, le juge, vu sous l'aspect qui lui conserve entière son individualité, n'est qu'un témoin, et la preuve, directe ou indirecte, dès qu'elle a passé par son intermédiaire, n'est elle-même qu'une modalité du témoignage. — Ainsi, il existe entre la société et les magistrats de l'ordre judiciaire la même relation qu'entre les juges et les témoins qui viennent déposer devant eux, avec cette différence toutefois que la société aliène presque complètement à l'égard des premiers le droit de récuser ou de mettre en doute leur témoignage. De cette similitude de rapports n'y a-t-il pas lieu de conclure qu'un gouvernement, soucieux des intérêts de ceux qu'il représente, doit observer dans la délégation de la justice autant, sinon plus, de réserve qu'un juge, pénétré de ses devoirs, doit en montrer dans l'admission des témoignages : vérité dont trop souvent l'état politique d'un pays fait oublier l'importance.

(1) Lettre CXXIV.

(2) Les métaphysiciens peuvent discuter la valeur de la maxime : « Il n'y a rien dans l'entendement qui n'ait été auparavant dans les sens; » au point de vue qui nous occupe, elle est à l'abri de toute attaque. Concevrait-on qu'en matière de preuves judiciaires nos connaissances s'étendissent au delà du domaine des perceptions sensibles ? La croyance à la révélation permettrait seule de répondre affirmativement.

conclure que, lorsque la constatation d'un fait peut s'obtenir directement, par observation personnelle, le seul conseil à donner au juge est celui d'exercer ses facultés d'attention et de s'instruire à bien sentir, à voir exactement, tel par inexpérience, ou faute de s'être bien placé pour observer, laissant passer la moitié de ce qu'il voit, tel autre, par manque d'attention, remarquant beaucoup plus de choses qu'il n'en voit en réalité et remplaçant ce qu'il voit par ce qu'il imagine ou ce qu'il infère (1).

IX. — En dehors de l'exception que nous venons de rencontrer, le témoignage est donc la base de toute preuve ; par suite, pour connaître à l'aide de quel procédé logique le juge doit apprécier rationnellement le degré de confiance qu'il peut accorder à un moyen de preuve invoqué devant lui, il suffit d'examiner à quelles conditions le témoignage nous donne des garanties satisfaisantes de vérité.

X. — On a coutume de regarder le principe de la foi au témoignage comme « la plus importante des lois de la nature morale (2) » : « Sans la foi au témoignage, dit Bentham, dans un passage cité par M. Bonnier (3), les affaires sociales ne marcheraient plus, tout le mouvement de la société serait paralysé ; nous n'oserions plus agir ; car le nombre des faits qui tombent sous la perception immédiate de chaque individu n'est qu'une goutte d'eau dans le vase, comparé à ceux dont il ne peut être informé que sur le rapport d'autrui. » Nous ne pouvons avoir l'intention de discuter ici la valeur philosophique de cette prétendue loi morale : nous laissons à la raison le soin d'en faire justice. Nous nous contenterons d'observer, sans passer à la démonstration, qu'elle ne se défend

(1) « Il n'y a pas, à proprement parler, dit M. Stuart Mill, un art d'observer. Il peut y avoir des règles pour l'observation ; mais ces règles, comme celles de l'invention, sont simplement des instructions pour préparer le mieux possible l'esprit à observer ou à inventer. Ce sont, par conséquent, des règles d'éducation individuelle, ce qui est fort différent de la logique ; elles n'enseignent pas à faire la chose, mais à nous rendre capables de la faire. C'est l'art de fortifier les membres, et non l'art de s'en servir. » (*Système de logique*, liv. III, chap. III, § 1.)

(2) Bonnier, *op. et loc. cit.*, n° 26.

(3) *Op. et loc. cit.*, n° 15.

ni par l'induction ni par l'expérience, et que, dès lors, s'il ne reste pour la justifier d'autre argument que celui d'une conviction soi-disant intuitive, si la preuve par expérience est impossible, il y a, nous en sommes convaincus, de fortes présomptions pour que la loi indémontrable ne soit au fond qu'un préjugé. En dehors de la consécration de l'expérience, il manque en effet à toute conviction son principal élément de vie et de durée (1).

XI. — Mais si, partant de ce point de vue, nous affirmons qu'il ne pourrait être que dangereux de ranger la foi due au témoignage parmi les lois de la nature morale, il ne faudrait pas en conclure que le magistrat doive se renfermer, à l'égard des témoignages fournis à sa barre, dans un doute systématique, les tenant tous pour incertains et par suite pour vraisemblables de côté et d'autre; il arriverait ainsi, non plus à peser les dépositions (2), mais à les compter, puisque, la vraisemblance étant égale des deux parts, il lui resterait seulement à supputer par le calcul de quel côté, d'après le nombre même des témoins, se trouve le plus grand nombre de probabilités. Il importe au contraire qu'il se garde de l'excès dans le doute comme de l'excès dans la croyance : l'un et l'autre, supprimant l'esprit de recherche, finissent par entraîner chez ceux qu'ils possèdent l'inertie intellectuelle. Que dirait-on d'un homme qui, chargé par la société de rendre la justice, se contenterait, suivant les préceptes du scepticisme, « de prendre le vrai et le bien sur la première
« apparence, sans les presser, parce qu'ils sont si peu solides
« que, quelque peu qu'on serre les mains, ils s'échappent
« entre les doigts et les laissent vides (3) » ? Qui donc s'empêcherait de lui faire comprendre que, si l'incuriosité « est un

(1) On devrait appliquer à la loi de la foi au témoignage ce que Victor Hugo disait de la philosophie du moyen-âge : « Elle appartient à ce bon vieux temps où la pensée humaine, *n'ayant pas encore le doute pour guide*, errait dans le cul-de-sac des systèmes et des dogmes... » (Introduction aux *Féeries de Shakespeare*.)

(2) Nous entendons le terme « dépositions » *secundum subjectam materiam*, comme nous l'avons fait plus haut pour le mot « témoignage ».

(3) Pascal. « Entretien avec M. de Sacy sur Epictète et Montaigne. »

« doux et mol chevet, et sain à reposer une teste bien « faicte (1) », elle va fort mal à celle d'un juge, fût-elle la mieux faite du monde. Le juge doit être un chercheur infatigable; moins que personne il peut se désintéresser de la découverte de la vérité. Mais l'état d'élévation morale où nous nous trouvons ne mettant à son service que des instruments imparfaits, il doit prendre exemple sur ces expérimentateurs prévoyants qui se défient des appareils dont ils disposent et s'efforcent, par la combinaison de procédés différents, de réduire au minimum les chances d'erreur dans l'expérience. Le juge doit se défier du témoignage; il doit se convaincre qu'il a là, non pas un guide dont la sûreté a pour garantie une loi morale, mais un mode de recherche empirique que la nécessité lui impose, la déclaration des hommes étant souvent le seul moyen de parvenir à la connaissance des faits. Qu'y a-t-il à craindre? C'est que, malgré les résultats acquis par l'observation, on fasse de la foi au témoignage un principe du monde moral et qu'on généralise ce principe. Remplacez-le par celui-ci : la preuve émanant du témoignage ne peut jamais offrir par elle seule le caractère d'une démonstration, — et le danger est écarté. Le principe est cette fois d'accord avec la réalité; il vous inspire une défiance salutaire vis-à-vis d'autrui et vis-à-vis de vous-même; il vous porte à chercher par quels moyens vous pourrez contrôler les affirmations soumises à votre jugement; il rend impossible cette généralisation approximative si fragile de la vérité dans les témoignages, et, nous amenant naturellement à avoir égard aux circonstances du fait, il nous met sur la voie d'une conviction complète et éclairée. Il ne s'agit pas, en effet, de se dire : les assertions vraies sont plus nombreuses que les assertions fausses; — ou bien encore : le mensonge coûte plus de travail à l'esprit pour le soutenir et y persévérer que l'expression de la vérité; — donc, il y a plus de raisons d'admettre une déclaration que de la rejeter. Il faut se demander par quels éléments les cas où l'homme

(1) Montaigne, *Essais*, III, 13, p. 140.

dit la vérité différent de ceux où il ne la dit pas. Que l'on trouve, par exemple, les éléments suivants : si l'homme est ou n'est pas honnête, — s'il est ou non un observateur exact, — s'il est ou n'est pas intéressé dans la question, — on devra rechercher encore, d'une part, quel est en général le degré de fréquence de ces diverses possibilités, et, d'autre part, quelles sont les conditions effectivement réalisées dans le cas particulier. On s'informera de la moralité de l'individu qui dépose, de sa réputation ; on examinera quelle a été sa conduite dans les précédentes occasions, et même, si cela est possible, on aura soin de mettre à l'épreuve les sens du témoin. Sans doute, nous restons toujours sur le terrain des généralisations approximatives : mais de la constatation d'un phénomène ou d'une manière d'être dans un individu, conclure à la reproduction du même phénomène ou du même état dans le même individu, nous paraît constituer une généralisation approchant beaucoup plus de la vérité absolue que ne le ferait un raisonnement fondé sur ce que, dans la majorité des cas, la plupart des personnes disent la vérité.

§ IV

XII.— Quel était le caractère de la preuve en droit romain? — Si l'on s'en tient à l'époque classique telle que nous la montrent les textes des jurisconsultes et de quelques littérateurs, le juge semble jouir, comme maître de la preuve, d'une liberté presque absolue. Les motifs les plus variés, les plus étrangers au droit, peuvent servir de bases à ses décisions. A lui seul appartient d'apprécier par quels moyens, dans les affaires soumises à son tribunal, il surprendra la vérité. Au demeurant, l'économie de la preuve ne paraît avoir tenu qu'une place fort modeste dans les préoccupations des jurisconsultes, et souvent, à moins qu'il ne s'agisse d'une cause exceptionnelle touchant de très près au droit public, c'est aux

principes incertains de la philosophie, autant et plus qu'à la science des prudents, que le juge ira demander un appui. Aulu-Gelle rapporte que, ayant été mis par le prêteur au nombre des juges, on réclamait un jour par-devant lui l'acquiescement d'une créance sur l'existence de laquelle on ne fournissait aucune preuve. Mais le demandeur était un homme honnête, connu par sa vie irréprochable et sa bonne foi; le défendeur au contraire un fripon, perdu de réputation, et notre écrivain ne se résignait pas à donner gain de cause à ce dernier. La loi *Julia*, les écrits de Masurius Sabinus et d'autres jurisconsultes ne lui furent, dit-il, d'aucun secours pour sortir d'embarras. Aussi ne pensa-t-il pouvoir mieux faire que d'aller chercher conseil auprès du philosophe Favonius, et voici la réponse qu'il obtint : « Suadeo, hercle, tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio : qui in oratione quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse moribus majorum traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis, neque testibus planum fieri possit, tum apud judicem, qui de ea re cognosceret, uter ex iis vir melior esset, quæreretur; et, si pares essent, seu boni pariter, seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur, ac secundum eum judicaretur. In hac autem causâ, de quâ tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus; et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur, et credas ei qui petit; condempnesque eum de quo petitur : quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt, et qui petit melior est. » (*Nuits att.*, XIV, II.)

XIII. — Ce régime, qui peut être regardé comme le régime type de la preuve simple, fut-il en vigueur à toutes les époques de la législation romaine? Il est permis d'en douter. L'absence complète de réglementation pour une matière aussi importante s'accorde mal avec l'esprit qui domina l'organisation et le fonctionnement de la procédure dans les premiers siècles de Rome. Pendant plus de quatre siècles, la forme de tout acte juridique, spécialement de ceux qui se rapportent aux instances judiciaires, est rigoureusement

déterminée (1). L'action en justice se déroule avec la solennité d'une cérémonie religieuse, accompagnée de paroles sacramentelles, de gestes, de signes extérieurs, imposés comme les rites d'un culte : la moindre omission, la plus petite erreur entraînerait la perte du procès. (Gaius, IV, 44, et IV, 30.) Une sorte de mystère environne l'accès du tribunal. Le plaideur ne peut faire valoir son droit, poser ses conclusions, que s'il obtient du magistrat la délivrance d'une formule tenue secrète, et dont la connaissance est exclusivement réservée aux patriciens : voilà ce que nous indiquent les textes. Par malheur, les renseignements qu'ils nous fournissent ne vont pas au delà. Mais si l'introduction de l'instance, c'est-à-dire le côté tout extérieur du procès, est soumis à des règles aussi inflexibles, il est vraisemblable de supposer que la partie la plus essentielle, la plus intéressante, celle qui constitue le fond même du débat et de laquelle dépend en réalité l'existence effective du droit, n'avait pas dû échapper au génie restrictif de la loi.

La preuve légale est généralement inséparable d'une législation formaliste; elle en est même la conséquence presque nécessaire. En effet, lorsque les droits ne peuvent prendre naissance en dehors de certaines règles fixes, lorsque les conventions ne peuvent produire effet si elles ne sont revêtues de formes précises, lorsque la volonté des contractants emprunte son unique valeur à la pantomime symbolique sous laquelle elle est exprimée, lorsque tous les soins du législateur tendent à placer à côté de chaque rapport juridique la preuve préconstituée de son existence, il y

(1) Nous lisons, dans la *Cité antique* de M. Fustel de Coulanges, les lignes suivantes :

« Les Romains appelaient les lois *Carmina*, des vers.... Ces vieux vers étaient des textes invariables. Y changer une lettre, y déplacer un mot, en altérer le rythme, c'eût été détruire la loi elle-même.... La loi était comme la prière, qui n'était agréable à la divinité qu'à la condition d'être récitée exactement, et qui devenait impie si un seul mot y était changé. Dans le droit primitif, l'extérieur, la lettre, est tout. Il n'y a pas à chercher le sens ou l'esprit de la loi. La loi ne vaut pas par le principe moral qui est en elle, mais par les mots que sa formule renferme. Sa force est dans les paroles sacrées qui la composent. Chez les anciens, et surtout à Rome, l'idée du droit était inséparable de l'emploi de certains mots sacramentels.... » (Liv. III, ch. vi.)

aurait une anomalie singulière à changer de système, à laisser aux parties devant le magistrat toute latitude dans l'administration de la preuve, alors justement qu'il s'agit de tirer parti de ces règles, de ces formes, de ces symboles, et de leur donner une raison d'être. — Nous sommes pourtant forcés, nous l'avouons, de nous en tenir à des conjectures. Car les seuls fragments de la loi des XII Tables, qui nous permettent d'affirmer que la question de la preuve en justice n'est pas restée étrangère au droit romain primitif, révèlent tout au plus une certaine notion de la preuve légale (l. III, fr. 1), et peut-être nous conservent la trace de quelque intervention de la loi en matière de témoignage (l. II, fr. 2).

XIV. — Nous avons peine à nous persuader néanmoins que dès l'origine le législateur romain ait admis la liberté de preuves. Nous serions porté d'avantage à admettre qu'un véritable progrès, correspondant à une modification des formes de la procédure, remplaça par le régime de la conviction personnelle un système préexistant de preuves légales. Au commencement du quatrième siècle de Rome, une loi *Pinaria* (Gaius, IV, 15) réalisa dans l'organisation judiciaire une importante innovation⁽¹⁾. Jusque-là, le magistrat chargé

(1) La plupart des auteurs soutiennent que l'objet de la loi *Pinaria* fut, non d'introduire d'une manière générale la distinction entre le *jus* et le *judicium*, mais seulement d'établir un délai de trente jours, passé lequel les parties, qui avaient accompli les formalités du *sacramentum*, pouvaient se présenter devant le magistrat pour lui demander la nomination d'un juge. La difficulté vient de ce que le texte de Gaius relatif à cette loi contient une lacune (*ante eam autem legem..... m dabatur judex*. G., IV, 15), que les uns comblent avec le terme *nondum*, les autres avec l'adverbe *statim*. Nous préférons la première version. Pour adopter la seconde il faudrait admettre en effet que la distinction entre le *jus* et le *judicium* formait le droit commun dès avant la loi *Pinaria*. Or, cette supposition nous semble purement gratuite. On a essayé, il est vrai, de l'appuyer sur certains textes tirés, non des jurisconsultes, mais d'historiens, et empruntés l'un à Aulu-Gelle, l'autre à Denys d'Halicarnasse. Mais ces textes ne sont rien moins que décisifs. Le passage d'Aulu-Gelle (XX, 1,) d'où l'on veut conclure que déjà dans la législation des Douze Tables le *judex* se distinguait du magistrat, peut fort bien s'expliquer, comme une allusion aux cas exceptionnels dans lesquels on agissait par l'action dite *judicis postulatio*, tout au moins contemporaine de la loi des Douze Tables. D'ailleurs, dans un droit qui admettrait comme règle générale la distinction entre le *jus* et le *judicium*, il serait assez difficile d'expliquer l'existence de cette

de la juridiction connaissait de toutes les parties d'une même instance. C'était par suite devant lui que les plaideurs apportaient leurs moyens de preuve, c'était à lui de les apprécier,

action *per judicis postulationem*, dont le but principal était de demander la nomination d'un juge (*judicem arbitrumve postulo uti des*, dit la formule conservée par Valerius Probus en ses *Notæ*), alors surtout que l'action *per sacramentum* s'appliquait aussi bien aux droits de créance qu'aux droits réels. (Gaius, IV, 15-17.) Si l'on admet au contraire que le droit commun, par suite le *sacramentum*, ne comportait pas la nomination d'un *judex*, et si d'autre part on prend garde que la *judicis postulatio* eut pour premier objet de remplace le *sacramentum* dans les hypothèses qui plus tard donneront lieu aux actions de bonne foi (c'est du moins ce qui semble résulter d'un passage de Cicéron, *De off.*, III, 10), on comprendra facilement qu'il était indispensable, dans l'intérêt d'une bonne justice, de soustraire de pareilles causes à une procédure dont les formes étroites enlevaient au magistrat toute liberté d'appréciation, et de les soumettre à la juridiction d'équité d'un *judex*.

Le second texte sur lequel s'appuie l'opinion que nous combattons est tiré des *Antiquitates Romanæ* de Denys d'Halicarnasse. Dans ce texte, l'historien, parlant des réformes de Servius Tullius, nous apprend qu'il sépara les causes criminelles des causes privées, se réserva la connaissance des premières et décida que les secondes seraient portées devant des juges auxquels il prescrivit de se conformer à ses lois : « τῶν δ'ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἐτάξεν εἶναι διικαστὰς ὅρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας ὥς αὐτοῖς ἐγγράψῃ νόμους » (IV, 25.) — Donc, conclut-on, la distinction du *jus* et du *judicium* remonte à Servius Tullius. — Nous convenons qu'une paraphrase très libre du passage précité pourrait mener à cette conclusion. Mais un simple historique, pour lequel va nous servir Denys d'Halicarnasse lui-même, donne à ce texte une tout autre portée. De bonne heure, les rois de Rome délèguèrent aux patriciens une partie de la puissance souveraine, entre autres le droit de connaître des procès en certaines matières, les moins importantes. (Denys d'Hal., II, 9, et II, 44.) Servius Tullius le premier consacra législativement cette délégation qui jusqu'à lui avait dépendu du bon plaisir du prince. Telle est, selon nous, la véritable portée de notre texte. Le pouvoir judiciaire en matière civile, délégué d'abord aux patriciens, n'est-ce pas encore la première étape que nous laisse présumer Pomponius lorsque, aux débuts du système des *legis actiones*, il nous montre la *jurisdictio* exercée par les pontifes, patriciens eux-mêmes. (Dig., L. 2, § 6, liv. I, tit. II, *De orig. jur.*)

Ces arguments écartés, la question reste donc incertaine : mais l'incertitude disparaît si l'on rapproche la loi *Pinaria*, c'est-à-dire le progrès réalisé par l'introduction générale du *judex* dans la procédure romaine, d'un autre fait non moins important, la révélation du livre des formules par l'affranchi Flavius. Les formules divulguées, les patriciens n'avaient plus aucun intérêt à maintenir le mystère qui jusque-là avait entouré la procédure et qui n'aurait pas été complet, ou du moins n'aurait pas produit tous ses effets, si la décision du litige n'avait pas appartenu à celui-là même qui en déterminait les bases. Aidé par l'aversion qu'inspiraient les anciennes règles et sans doute aussi ceux qui les avaient appliquées, le besoin d'une justice plus équitable transforma en droit commun ce qui jusque-là n'avait eu que le caractère d'une pratique exceptionnelle. C'est vers l'année 310 de la fondation de Rome que Cnaeus Flavius déroba le recueil des formules. La loi *Pinaria* fut probablement votée quelques années plus tard, en l'an 322, époque à laquelle nous trouvons un L. Pinarius Mamercus parmi les tribuns militaires *consulari potestate*. — Il est vrai qu'en l'an de Rome 280 il y eut un consul du nom de L. Pinarius. Mais cette dernière date ne peut être celle de la loi *Pinaria*, puisque, au témoignage de Pomponius, il n'y eut aucune loi de votée dans tout l'intervalle qui sépare

et si, comme nous le croyons, la preuve était assujettie à des formes exclusives, il était en situation d'examiner si toutes les règles prescrites avaient été observées. Cette pratique change complètement avec la loi *Pinaria*. Le magistrat, après avoir présidé aux formalités introductives de l'action, dut remettre désormais à un juge privé, à un arbitre, le soin de décider sur le fond du procès. L'examen des preuves passait donc en d'autres mains, et le caractère même du juge s'opposait à ce que l'on maintînt un système qui devait exiger des hommes chargés de le mettre en œuvre une étude plus ou moins approfondie du droit. On peut demander à un juré une saine appréciation des faits sur lesquels il doit se prononcer, on ne peut réclamer de lui la connaissance des règles de la procédure à laquelle il assiste. Cette considération suffirait, selon nous, pour expliquer la disparition complète de la preuve légale dans la législation romaine. C'était peut-être un acheminement vers la suppression du formalisme en procédure qui s'accomplit deux siècles plus tard. Trop souvent ce formalisme avait livré à la merci d'une caste les intérêts d'un peuple ; une réforme partielle substitue de nouvelles pratiques aux anciennes, qu'un sentiment de haine bien justifié fait tomber de la désuétude dans l'oubli.

XV. — Ces pouvoirs illimités accordés au juge en matière de preuve lui furent-ils conservés avec la même étendue jusqu'à la fin du droit romain ? La négative, mais une négative timide, semble résulter de quelques textes du Code et des Novelles. Ces textes, nous les étudierons en même temps que les différents moyens de preuve. Nous n'avons pas le loisir de nous y arrêter dans cette courte introduction. Nous devons nous borner à dire, sans rien préciser pour l'instant, que si les constitutions impériales montrent une certaine tendance à réglementer la preuve, ces manifesta-

l'expulsion des rois de la loi des XII Tables. (Dig., L. 2, § 3, liv. I, t. II, *De orig. jur.*)

tions restent constamment discrètes. Le caractère dominant de la loi romaine dans son dernier état est encore d'abandonner à la conscience du juge ou du magistrat l'exercice de la mission qu'elle lui a confiée.

SECTION PREMIÈRE

A QUI DOIT INCOMBER LA CHARGE DE LA PREUVE

1. — C'est toujours à celui qui soulève une prétention anormale d'en établir le bien fondé : soit que vous alléguiez contre un tiers un droit de créance, soit que vous réclamiez un droit réel sur la chose qu'il possède ou qu'il détient, votre allégation est contredite par l'ordre naturel des faits ; vous devez donc prouver la modification, le changement que cet ordre subit en votre faveur. Telle est la règle générale formulée à différentes reprises par les lois romaines : *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (Dig., L. 21, liv. XXII, tit. III, *De prob.*; — L. 2, *cod. tit.*; — *Inst.*, § 4, liv. II, tit. XX, *De leg.*), et nul ne doute que, inspirée par la raison, elle n'ait toujours été suivie en matière personnelle.

Moins heureux en matière réelle, s'il faut en croire une opinion des plus accréditées, ce principe aurait été méconnu par le formalisme des *legis actiones*, et l'étroite rigueur des formules prononcées par chacune des parties, dans la procédure *per sacramentum*, appliquée aux actions *in rem*, aurait eu pour conséquence de placer les deux plaideurs sur la même ligne, le défendeur ayant à établir son droit au même titre que le demandeur. On argumente en ce sens du passage bien connu de Gaïus (G., IV, 16) : « Qui vindicabat festucam tenebat ; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat : « *Hunc hominem ego ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi ; ecce tibi vindictam imposui. Et simul homini festucam imponebat. « Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. »* La double re-

vendication implique bien, dit-on, que chaque plaideur avait à prouver son droit de propriété.

2. — Nous ne croyons pas devoir admettre cette opinion. Tout d'abord, elle nous semble en opposition manifeste avec l'esprit rationnel et pratique des Romains : le formalisme, quels qu'en soient les excès, ne peut aller jusqu'à violer un principe que le bon sens le plus vulgaire impose, jusqu'à encourager la mauvaise foi, en favorisant arbitrairement le demandeur au préjudice du défendeur. Que l'on ne s'y trompe pas, en effet : si, dans une instance sur la propriété, la loi oblige les deux parties à justifier de leur droit, sans exiger que celui qui attaque administre complètement sa preuve, avant que celui qui est attaqué soit tenu de fournir la sienne, en apparence seulement une situation égale est faite aux deux adversaires ; en réalité, le demandeur est de beaucoup le mieux traité, puisqu'il lui suffit d'introduire sa demande pour qu'à l'instant la présomption de propriété, qui protégeait le défendeur en possession, s'évanouisse. Et pour quels motifs ? Peut-on dire qu'il faut voir là une conséquence nécessaire de la formule d'action ? Mais les caractères de nécessaire et de permanent sont inséparables. Or, dans notre hypothèse, le second caractère fait défaut. Il est facile de le démontrer. Lorsque le système formulaire eut remplacé celui des *legis actiones*, la procédure *per sacramentum* fut maintenue néanmoins, peut-être facultativement, pour toute une catégorie d'actions réelles. (Cicéron, *De orat.*, I, 48 ; — Cicéron, 2^e act. *in Ver.*, I, 45 ; — Gaïus, IV, 91 et 95.) Or, il serait impossible de soutenir qu'à ce moment les plaideurs soumis au *sacramentum* fussent encore placés sur la même ligne au point de vue de la preuve. Un pareil état de choses aurait d'ailleurs été inconciliable avec l'organisation des interdits possessoi-res, en usage depuis longtemps déjà, et dont le but principal était d'assurer le bon fonctionnement de l'action pétitoire, en la dégageant de tout débat sur la possession. (*Inst.*, § 4, liv. IV, tit. XV, *De interd.*) — Voilà donc une époque où, la cause restant la même, l'effet ne se produit pas. Pourquoi

donc les choses se seraient-elles passées différemment dans une époque antérieure ?

3. — D'autre part, la présence d'une double revendication dans la formule du *sacramentum* se comprendrait-elle, alors même que la présomption de propriété serait maintenue au profit du défendeur ? Nous le croyons. Un texte d'Ulpien nous montre (Dig., l. 9, liv. VI, tit. I, *De rei vindic.*) que si, à la fin de la période classique, l'action en revendication était accordée contre un simple détenteur, à une époque plus ancienne elle ne pouvait être exercée que contre le possesseur *animo domini*; et telle était sans doute la règle observée sous le système des *legis actiones*. Dès lors, si l'on réfléchit que le possesseur *animo domini* est celui qui se comporte en propriétaire, quel est dans la bouche du défendeur le sens de cette formule : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam,* » si ce n'est d'affirmer de la manière la plus formelle la qualité requise pour que le demandeur puisse intenter contre lui l'action ; et la seconde formule : *jus peregi sicut vindictam imposui*, en réponse à l'interrogation, *Postulo anne dicas...* etc., permet, nous semble-t-il, d'apercevoir mieux encore la portée de la première. Désormais, pour le revendiquant le doute n'est pas possible; il a bien devant lui celui qui se prétend propriétaire (*Inst.*, liv. IV, tit. VI, § 1, *in fine*) et entre les mains duquel demeurera effectivement la propriété, si lui, demandeur, ne parvient pas à administrer la preuve de son droit. (L. 2, C., liv. IV, tit. XIX, *De probat.*) Mais ces paroles, ces affirmations préalables n'impliquent en rien que les deux plaideurs ont au même titre à faire la preuve de leur droit et que le défendeur ne conserve pas la présomption créée en sa faveur par le fait de la possession.

Ce point de vue nous paraît d'autant plus exact que sous la procédure formulaire on trouve une formalité analogue, en tous cas tendant au même but. Le demandeur, dans une action en revendication, nous dit Gaius, doit, au moyen d'une *interrogatio in jure*, rechercher si celui qu'il attaque

est possesseur, *ne frustra experiatur*. (Dig., L. 36, liv. VI, tit. I, *De rei vindic.*) — Si le défendeur répond affirmativement à l'interrogation de son adversaire, de ce qu'il atteste sa possession, conclura-t-on qu'il doit la prouver ?

4. — On a pensé trouver, il est vrai, dans le mécanisme de l'action négatoire de servitude, un puissant argument en faveur de la théorie que nous combattons. On remarque que, dans cette action, le demandeur, alors même qu'il est quasi-possesseur du droit litigieux, est tenu de prouver que la servitude n'existe pas (L. 15, Dig., liv. XXXIX, tit. I, *De op. nov. nunt.*), et l'on cherche à expliquer cette particularité en la présentant comme un reste de la procédure *per sacramentum* appliquée aux actions réelles. Voici comment on raisonne : « Si, dit-on, nous remontons à l'époque où les actions réelles s'engageaient *per sacramentum*, c'était la règle invariable que chaque plaideur élevât une prétention identique à la prétention de l'autre et que chacun prouvât son droit. D'où la conséquence que, lorsque c'était une servitude qui était mise en question, il fallait nécessairement que l'un en prouvât l'existence, et l'autre la non-existence. En d'autres termes, les actions *confessoria* et *negatoria* n'étaient point encore distinctes; elles se trouvaient forcément réunies dans toute action relative à une servitude, de même que dans toute *rei vindicatio* il y avait, en réalité, deux *vindications*. Plus tard, l'on sépara ces deux actions; mais dans chacune, par un effet de la routine, le demandeur resta soumis, en ce qui concerne la preuve, aux obligations que lui eût imposées la procédure du *sacramentum*. C'est ainsi que toujours il dut, nonobstant sa quasi-possession, prouver son droit, c'est-à-dire, dans l'action *negatoria*, la non-existence d'une servitude que son adversaire n'exerçait pas. » Et l'on ajoute : ce résultat serait bien difficile à justifier si l'on n'admettait pas au préalable que dans la *legis actio per sacramentum in rem* les deux adversaires avaient à faire la preuve de leur droit. (Accarias, *Précis de Dr. rom.*, II, n° 811.)

L'argument, nous le reconnaissons, est des plus sérieux. Est-il concluant ? Nous en doutons. Il a le tort d'emprunter toute sa force à une inconséquence supposée du législateur, et par suite il doit être écarté par toute autre explication rationnelle ne prêtant pas au même reproche.

On pourrait se contenter de dire, à notre avis : la preuve de l'exactitude de son *intentio* est mise à la charge du demandeur, alors même qu'il est quasi-possesseur du droit litigieux, par application du principe général *semper necessitas probandi incumbit ei qui agit*, principe qui ne distingue pas entre le demandeur possesseur et le demandeur non-possesseur, et qui se borne à vous charger de la preuve dès que vous intentez une action. Si, en matière de complète propriété, jamais le possesseur n'est tenu de prouver sa propriété, c'est qu'il ne lui est pas donné d'action négatoire à l'effet de démontrer que la chose qu'il possède n'appartient pas à tel ou tel autre qui ne possède pas, et cela parce qu'il n'y a aucune espèce d'intérêt pour le possesseur à exercer sous la forme négatoire une *rei vindictio*. (*Inst.*, liv. IV, tit. VI, § 2, *in fine*.) Au contraire, du moment que l'intérêt existe, ce qui a lieu dans l'hypothèse d'une action négatoire de servitude, la voie du pétitoire est ouverte, aussi bien pour le possesseur que pour le non-possesseur, mais on retombe dès lors, à l'égard de la preuve, sous le coup du principe *onus probandi*... etc. D'ailleurs, l'application de la règle *actori incumbit probatio* au quasi-possesseur d'une servitude, qui intente contre un tiers l'action négatoire, est de tous points conforme à la raison. Quelle est en effet la première conséquence de l'exercice de l'action *negatoria servitutis* ? Par le fait seul de l'introduction de l'action, le défendeur se trouve dans la nécessité de fournir une *satisfactio* au demandeur, même quasi-possesseur (car le texte ne contient à cet égard aucune restriction), *satisfactio* par laquelle il s'engage à ne pas user de la servitude tant que le débat ne sera pas terminé. (L. 7, Dig., liv. XLIII, tit. XX, *De aq. quotid.*) Ainsi donc il suffit que vous, demandeur, vous

éleviez une prétention, pour imposer au défendeur l'obligation de s'engager envers vous, c'est-à-dire pour faire naître le rapport tout exceptionnel de créancier à débiteur. A ce point de vue, ne tendez-vous pas encore à modifier l'ordre naturel des faits, et n'est-il pas juste qu'on vous demande d'établir le bienfondé de votre prétention? Nous ne connaissons pas, il faut l'avouer, la nature de la *satisfactio* exigée, dans l'espèce, du défendeur. Mais quelle que soit cette nature, notre conclusion ne peut que rester la même, puisqu'elle est basée sur ce fait que le demandeur, en agissant contre le défendeur, impose à celui-ci une obligation spéciale et nouvelle, à laquelle, selon toute vraisemblance, il lui est bien difficile de se soustraire.

5. — Enfin, pour soutenir que le défendeur à l'action réelle *per sacramentum* était placé, en ce qui concerne la preuve, sur la même ligne que le demandeur, on ne peut s'appuyer d'avantage sur la circonstance que le magistrat avait le droit, pendant la durée du procès, d'enlever au premier la détention de la chose litigieuse. — Sans doute, le prêteur était maître de confier au demandeur ou à un tiers l'objet revendiqué, en exigeant de celui aux mains duquel il le remettait une promesse de restituer garantie par des cautions. Mais l'exercice de ce droit constitue à nos yeux une mesure de prudence, mesure portant sur la garde de la chose; voilà tout. Quant au bénéfice résultant de la possession, il est acquis, il reste intact : cette possession, actuelle au moment où l'instance s'est engagée, procurait au défendeur une situation plus favorable, elle lui est maintenue; car il y a là un fait et un droit que le législateur et le magistrat ont pour devoir de protéger, mais auxquels, à moins d'arbitraire, ils ne sauraient porter atteinte, « *quia civilis et naturalis ratio facit ut alius possideat, alius a possidente petat* ». (*Inst.*, § 4, *De interd.*)

6. — Nous croyons donc pouvoir affirmer que, sous toutes les formes de la procédure romaine, en matière réelle comme en matière personnelle, la règle *actori incumbit probatio*

domina la marche de la preuve : « *Frustrà verimini, porte un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, ne ab eo qui lite pulsatur probatio exigatur.* » (L. 8, C., *De probat.*) — En résulte-t-il que le défendeur n'avait rien à prouver ? Oui, en principe, et c'est ce qu'indique une constitution de Caracalla : « *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit.* » (L. 4, C., liv. II, tit. I, *De edendo.*) Mais si, la demande ayant établi le fait qui lui sert de base, le défendeur oppose soit une défense proprement dite, soit une exception, à son tour il cherche à innover et par suite il doit prouver le fait sur lequel il appuie sa défense ou son exception. Ainsi, un demandeur réclame une somme d'argent qu'il aurait remise à titre de prêt, et prouve que le versement a été réellement effectué entre les mains du défendeur : celui-ci soutient qu'il s'est libéré par un paiement, il doit fournir la preuve de ce paiement : « *Ut creditor qui pecuniam petit numeratam implere cogitur, ila rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare debet.* » (L. 1, C., *De probat.*)(1). De même si, au lieu d'alléguer un paiement, le débiteur prétend qu'il lui a été fait remise de la dette et se retranche derrière l'exception *pacti conventi*, il est tenu de prouver l'existence du pacte *de non petendo* : « *Si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.* » (L. 19, pr., D., liv. XXII, tit. III, *De probat.*)(2). — De même enfin, si un défendeur oppose à l'action publicienne, dirigée contre lui, l'exception *justi domini*, il est obligé, quoique possesseur, de démontrer qu'il est propriétaire *ex jure Quiritium*. (LL. 16 et 17, D., liv. VI, tit. II, *De publ.*) C'est là sans doute le cas unique où, selon les *Institutes* (liv. IV, tit. IV, § 2, *De act.*), la charge de la preuve serait imposée au possesseur.

7. — Ces règles sont d'ailleurs soumises, en faveur du

(1 et 2) On énonce fréquemment ces deux règles sous une seule et même formule empruntée à la loi 1, D., liv. XLIV, tit. I, *De except.* : « *Reus in exceptione actor est.* » Mais cette formule est en partie inexacte, car le terme *exceptio* ne s'appliquait certainement pas, dans la pensée du jurisconsulte Ulpien, aux moyens de défense tirés du fond du droit.

demandeur ou au profit du défendeur, à certaines exceptions, fondées, comme les principes mêmes auxquels elles dérogent, sur des nécessités d'ordre public. — Dans quelques hypothèses, disons-nous, le demandeur est dispensé de tout ou partie de la preuve :

1° Lorsqu'un pupille devenu majeur exerce contre les magistrats qui ont nommé son tuteur et agréé les fidéjusseurs, présentés par celui-ci, l'action subsidiaire pour insolvabilité du tuteur ou des fidéjusseurs (L. 5, C., liv. V, tit. LXXV, *De mag. conv.*), c'est aux magistrats, bien que défendeurs, à prouver qu'ils n'ont commis aucune faute dans leur nomination et que les fidéjusseurs étaient solvables au temps où ils ont été reçus (L. 1, §§ 11 et 13, D., liv. XXVII, tit. VIII, *De mag. conv.*) (1);

2° Les pupilles, les mineurs de vingt-cinq ans, les femmes, les soldats, les laboureurs, lorsqu'ils agissaient par la *condictio indebiti* en répétition de choses indûment payées,

(1) On a prétendu que, dans cette hypothèse, le pupille était dispensé de sa preuve, parce que, si on l'avait mise à sa charge, c'eût été l'obliger à prouver une négative, savoir : que les fidéjusseurs n'étaient pas solvables. Cette explication, bizarre en elle-même, est absolument contredite par les textes. La seule raison à donner est celle que nous fournit Celse dans la loi 11, D., *De probat.* : « Non est necesse pupillo probare fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur idoneos non fuisse; nam probatio exigenda est ab his quorum officii fuit providere ut pupillo caveretur. »

Remarquons à ce propos que, si quelques textes (L. 2, D., *De prob.*; L. 23, C., liv. IV, tit. XIX, *De prob.*; — L. 10, C., liv. IV, tit. XXX, *De n. num. pec.*) semblent à première vue poser en principe qu'il est impossible de prouver une négative, ce serait fort mal les comprendre que de leur attribuer un sens aussi absolu. En réalité, et sans que nous ayons besoin, pour le démontrer, de suivre les docteurs dans leurs distinctions entre les différentes sortes de négatives, toute négation, le bon sens l'indique, peut se résoudre en une proposition affirmative, sauf, si l'on se trouve en présence d'une négative indéfinie, à la circonscrire, en la ramenant à une ou plusieurs propositions définies. « Certe, si diligenter attendas, dit la Glose sur la loi 2, D., *De probat.*, non est aliqua negativa, quæ tacitam non habeat affirmativam. » (V. également Bartole, sur la même loi.) Cette vérité n'avait pas échappé à la logique des jurisconsultes romains, ainsi que nous l'attestent plusieurs passages formels du Digeste et du Code. (L. 5, § 1, et L. 8, D., *De probat.*; — L. 5, C., liv. VI, tit. XXXV, *De codicillis.*) Les lois qui paraissent admettre l'opinion contraire, et, par exemple, la plus explicite d'entre elles, la loi 23, au Code, *De probat.*, signifient donc simplement : il serait contraire à l'ordre naturel que la preuve incombât au défendeur qui se borne à nier le fait sur lequel repose la prétention du demandeur, tant que d'autre part celle-ci n'a pas reçu sa complète justification. (Actor quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit : cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.)

jouissaient du privilège de pouvoir rejeter sur leur adversaire la preuve que les choses payées par eux étaient réellement dues (L. 25, § 1, D., *De probat.*);

3° Quelquefois le demandeur est soustrait à l'obligation de prouver par l'effet d'une véritable présomption légale. Supposons, par exemple, une donation faite pendant le mariage par un mari à sa femme : que la femme vienne à mourir la première, la donation est réputée non avenue; et si le mari ou ses héritiers poursuivent la restitution des objets donnés, ils peuvent réclamer comme tels tous les biens acquis par la femme pendant le mariage, sans avoir à établir qu'ils proviennent effectivement de la donation consentie par le mari. Le droit romain admet en effet que le bien acquis par l'épouse, *durante matrimonio*, est censé provenir des deniers du mari, à moins qu'elle ne justifie du contraire, *ad evitandam turpis quæstus suspicionem* (L. 51, D., liv. XXIV, tit. I, *De donat. int. vir. et ux.*; — L. 6, C., liv. V, tit. XVI, *De donat. int. vir. et ux.*);

4° C'est encore une sorte de présomption de droit qui, dans un cas spécial, dispense d'une partie de la preuve qu'il devrait normalement administrer le demandeur agissant en réclamation de l'indû. En principe, celui qui intente la *condictio indebiti* doit, pour réussir, faire reconnaître trois points : 1° qu'il a vraiment payé; 2° qu'il n'existait à sa charge, envers l'*accipiens*, aucune dette pouvant servir de cause au paiement (1); 3° qu'il a payé par erreur. — Si le

(1) La formule générale dont nous nous servons sous le 2° est conforme à la loi 63, § 9, liv. XII, tit. VI, Dig., *De condict. indeb.* : « Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur; aut si id quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. » Mais elle est contredite, en apparence au moins, par la loi 44, *eod. tit.* : « Repetilio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore, solutum est. » Et ce qu'il y a de plus remarquable, les deux textes appartiennent au même jurisconsulte, Paul. — Pour faire disparaître cette antinomie on a présenté plusieurs explications. La meilleure, à notre avis, est celle qui se réfère à l'hypothèse d'une *fidejussio* putative. Voici l'espèce : Il existe réellement une dette; il y a donc bien un débiteur et un créancier. Mais une tierce personne se croit fidéjusseur du débiteur alors qu'elle ne l'est pas, et paie le créancier. Les deux lois vont maintenant se concilier à l'aide de la distinction suivante : Si le fidéjusseur a payé au nom du débiteur principal, il ne peut pas intenter contre le créancier la *condictio indebiti*; c'est ce que dit la loi 44. — Si le fidéjusseur a payé en

défendeur avoue qu'il a reçu le paiement, le demandeur doit passer à la preuve de l'inexistence de la dette. — Au contraire, si le défendeur a commencé par nier le fait du paiement, dès que le paiement a été constaté ce n'est plus au demandeur de prouver qu'il ne devait rien, mais au défendeur d'établir sa qualité de créancier. (L. 25, D., *De probat.*)

8. — En ce qui concerne le défendeur, nous trouvons trois dérogations, d'importances différentes, à la règle *in exceptione reus actoris partem obtinet*.

1° Un défendeur, poursuivi en vertu d'une stipulation ou d'un écrit par lequel il s'est reconnu débiteur d'une certaine somme, peut soutenir que la somme réclamée ne lui a pas été versée, et opposer au demandeur l'exception *non numeratæ pecuniæ* (1) (L. 29, pr., D., liv. XVII, tit. I, *Mand.*; — L. 4, § 16, D., liv. XLIV, tit. IV, *De dol. mat. et mel. except.*; — *Inst.*, liv. III, tit. XXI, *De litter. oblig.*) — Dans ce cas c'est, non pas au défendeur d'établir le bien fondé de son exception, mais au demandeur de prouver que la numération a été effectuée. (LL. 1, 2, 3, 5, 9, C., liv. IV, tit. XXX, *De non num. pec.*) L'anomalie s'explique par la nécessité de combattre une fraude dont les prêteurs d'argent devaient se rendre fréquemment coupables, et qui consistait à profiter de ce que l'emprunteur avait signé la reconnaissance, ou s'était engagé dans la forme de la stipulation à rembourser, avant d'avoir reçu la somme promise, pour ne rien lui

son nom propre, la *condictio* lui est ouverte; tel est le cas prévu par la loi 65, § 9. — Un fidéjusseur pouvait, en effet, acquitter la dette soit en son nom propre, soit au nom du débiteur principal. (L. 47, D., liv. XII, tit. VI, *De condict. indeb.*) — La difficulté ainsi résolue, notre formule reste parfaitement exacte.

(1) On a contesté que la qualification d'« exception », donnée au moyen de défense tiré du défaut de numération, fût appropriée, lorsque le demandeur invoquait, à l'appui de sa poursuite, non un contrat de stipulation, mais un écrit. En effet, dit-on, ce n'est pas dans ce cas sur le billet lui-même que le créancier fonde son droit d'agir, c'est sur le *mutuum*, et, comme il n'y a pas de *mutuum* sans numération, le défendeur qui prétend n'avoir rien reçu ne fait que contredire la demande par un moyen de défense emprunté au fond même du droit. — Nous renvoyons l'examen de cette question, qui d'ailleurs ne présente qu'un intérêt théorique, pour le moment où nous étudierons la valeur des actes écrits (n^{os} 66 et 67).

verser, et réclamer néanmoins l'exécution d'une obligation, en réalité dépourvue de cause (1).

2° Soit une femme qui, poursuivie en justice, oppose à son créancier l'exception du sénatusconsulte Velléien. Si l'on appliquait dans toute sa rigueur la règle *reus in exceptione actor est*, la femme devrait, pour triompher, établir dans toute son étendue le bien fondé de son exception, c'est-à-dire, non seulement qu'elle a accompli tel acte (*fidejussio*, *mandatum pecuniæ credendæ*, constitution de gage ou d'hypothèque, pacte de constitut, etc.), impliquant par sa nature *intercessio*; mais encore qu'elle l'a accompli en qualité d'*intercessor*. Au contraire, il résulte des textes que lorsque la femme s'est engagée soit dans la forme de la fidéjussion, du *mandatum pecuniæ credendæ*, du pacte de constitut *pro alio*, de la constitution de gage ou d'hypothèque, de l'*expromissio*, soit en défendant en justice au nom d'un tiers, elle est présumée avoir agi comme *intercessor*; présomption qui la dispense de toute preuve à cet égard et impose au demandeur, s'il veut repousser l'exception, l'obligation de démontrer que la femme a traité dans son intérêt personnel. (V. notamment : L. 2, §§ 1 et 5; L. 8, §§ 6 et 14; — L. 17 pr.; — L. 25, § 1, D., liv. XVI, tit. I, *De senatc. Vell.*; — et *conf.* avec L. 3, §§ 5 et 6, D., liv. XV, tit. I, *De pecul.*)

3° Un débiteur, actionné par l'héritier de son créancier, excipe d'un pacte *de non petendo*, consenti par le créancier de son vivant, mais qui ne statue expressément que pour son auteur, restant muet à l'égard des héritiers de celui-ci. Régulièrement, et dans le silence de l'écrit, ce serait au défen-

(1) L'exception *non numeratæ pecuniæ* avait complètement disparu dans notre ancien droit. (Loisel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. II, § 6.) Elle fut rétablie, pour une période de dix ans, contre les juifs, par le décret du 17 mars 1808, dont l'art. 4 décide : « Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrit par un de nos sujets non commerçant au profit d'un juif, ne pourra être exigé sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude. » — Ce décret se justifiait, lui aussi, par des raisons d'ordre public, ainsi que le montre bien explicitement son art. 49, aux termes duquel « les juifs établis à Bordeaux et dans les départements de la Gironde et des Landes, n'ayant donné lieu à aucune plainte, ne sont pas compris dans les dispositions du présent décret ».

deur de prouver que le pacte empêche toute poursuite, aussi bien de la part des héritiers du créancier que de la part du créancier lui-même, puisque, en dehors de cette preuve, l'exception n'aurait aucune valeur. Néanmoins, la législation romaine rejetait sur le demandeur la charge d'établir que, par le pacte de remise, le créancier avait entendu s'engager seul, et cela grâce à une présomption fondée sur ce que *plerumque tam heredibus nostris. quam nobismetipsis cavemus.* (L. 9, D., liv. XXII, tit. III, *De probat.*)

9. — La partie, demandeur ou défendeur, à laquelle incombe le fardeau de la preuve, doit justifier de chacun des éléments, de fait ou de droit, dont la prétention qu'elle entend faire valoir suppose le concours. C'est ce qu'impliquent suffisamment déjà les règles exposées jusqu'ici.

Ainsi le créancier qui réclame l'exécution d'une convention constatée par écrit, mais sans que l'acte exprime la cause de l'engagement, est tenu de prouver l'existence de la cause qu'il assigne à cet engagement. (L. 25, § 4, D., liv. XXII, tit. III, *De probat.*; — L. 13, C., liv. IV, tit. XXX, *De non num. pec.*) — Mais d'autre part l'obligation de prouver ne s'étend point en général au delà de ces limites. La partie qui s'y trouve soumise n'a donc pas à établir l'absence de toute cause dont l'existence aurait pu empêcher l'acquisition du droit qu'elle invoque ou entraîner sa déchéance, pas plus qu'elle n'est tenue de prouver que ce droit a été modifié ou restreint au profit de son adversaire. — Par exemple, que des codicilles reproduisent un legs déjà inscrit dans le testament, si le légataire réclame l'exécution des deux dispositions en appuyant sa demande sur le testament et sur les codicilles, au premier abord on pourrait croire plus équitable de mettre à sa charge l'obligation de prouver que le testateur a voulu doubler sa libéralité et non pas seulement la rappeler. Cependant, les textes décident que, le demandeur invoquant deux bénéfices prenant chacun leur source dans deux écrits différents, c'est à l'héritier défendeur de prouver que le second n'a plus de raison d'être lorsqu'il a été fait droit au pre-

mier. (L. 12, D., *De probat.*; — L. 44, § 1, D. liv. XXXI, *De leg.*, 2.)

10. — Du reste, aucune des parties ne peut, sous prétexte que le fait dont la preuve lui incombe se trouverait justifié par un document qu'elle prétend être en la possession de son adversaire, exiger de lui la production de ce document. Tel est le principe qui résulte de la loi 4, au Code, liv. II, tit. I, *De edendo*. On l'exprime le plus ordinairement sous la forme du brocard *nemo tenetur edere contra se*, ou en d'autres termes, *nemo tenetur suum adversarium instruere*, mis en honneur par les glossateurs. (V. notamment la glose sur la loi 4, C., *De edendo*.)

Cette règle ne s'applique toutefois qu'aux documents personnels à l'une des parties : elle ne saurait être étendue aux titres qui, d'après leur nature même, doivent être regardés comme communs aux deux adversaires, entre autres, ex.gr., un testament (1). (L. 14, C., liv. IX, tit. XXII, *Ad leg. Corn. de fals.*; — L. 16 pr. et § 1, D., liv. XLVIII, tit. X, *De leg. Corn. de fals.*)

11. — Enfin il n'y avait aucun autre moyen de faire déchoir son adversaire du droit de prouver, que celui résultant du refus, de la part du juge, de consentir à des délais. C'est du juge, en effet, que dépendaient les remises et il était souvent nécessaire d'en accorder pour la production des preuves. (Dig., liv. II, tit. XII, *De fer. et dil.*; — C., liv. III, tit. XI, *De dilat.* — *Vide*: L. 7, Dig., *h. tit.*; — LL. 1, 2 et 4, C., *h. tit.*; — L. 36 pr., D., liv. V, tit. I, *De jud.*)

(1) Le fait de détourner ou de refuser de produire un testament constituerait même, par exception, un *crimen publicum*. (L. 14, C., *Ad leg. Corn. de fals.*; — LL. 2 et 16 pr., D. *eod. tit.*) V. également *infra*, n° 64.

SECTION II

DES MOYENS DE PREUVE

12. — Les moyens de preuve admis par le droit romain en matière civile étaient : le témoignage, l'aveu, le serment, les écrits, les présomptions. — Il est à peine besoin d'ajouter que, en dehors des moyens de preuve proprement dits, les parties pouvaient chercher à convaincre le juge, soit en se référant à des *præjudicia*, soit en tirant des conséquences de faits déjà reconnus, soit même en invoquant la rumeur ou la notoriété publique. (L. 19, C., liv. III, tit. XXXII, *De rei vind.*; — L. 2, C., liv. IV, tit. XX, *De test.*)

CHAPITRE PREMIER

De la preuve testimoniale.

13. — Le témoignage joue dans la procédure romaine un rôle considérable ; il est admis comme moyen de preuve quelle que soit la valeur de l'objet du litige, et, loin de placer en vedette une disposition restrictive analogue à celle de l'art. 1341 de notre Code civil, le titre *De testibus*, au Digeste (liv. XXII, tit. V), débute par une formule de recevabilité presque absolue de la preuve testimoniale : « *Adhiberi testes possunt, non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, sicubi res postulat : et hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a dicendo testimonio excusantur.* » (L. 1, § 1.) — De bonne heure cependant on avait compris à Rome les dangers que présentait un mode de constatation aussi peu indépendant de la

moralité individuelle (1). Mais en cette matière, comme en beaucoup d'autres, la nécessité avait fait loi. Dans les sociétés primitives, l'écriture n'est presque pas en usage (Tite-Live, I. VII, ch. m); et pourtant, aussitôt qu'une société prend naissance, il se forme entre ses membres certains rapports qui, dans l'avenir, peuvent donner lieu à des contestations, à des procès, et dont il importe par suite de ménager la preuve, dès le moment où le lien de droit s'établit. Or, cette preuve, à qui la demander, si ce n'est à la mémoire des hommes ?

14. — Telle est peut-être la principale raison pour laquelle nous voyons les actes les plus importants de la vie civile entourés par la législation romaine de signes extérieurs précis et destinés à laisser une trace durable dans le souvenir de ceux qui assistent à leur passation. En outre, afin d'assurer à la représentation symbolique son plein effet, la même législation exige, pour un grand nombre de ces actes, qu'ils soient accomplis en présence de témoins pris dans la famille, dans le peuple, ou même parmi les magistrats. — C'est ce qui a lieu pour le mariage (2) accompagné de *confarreatio* ou de *coemptio* (Gaïus, I, §§ 110-112 et 118-114), — le *nexum* (Gaïus, III, § 173), — la mancipation (Gaïus, I, §§ 119-121), — Ulpien, XIX, §§ 3 et 6), — le testament *calatis comitiis* (Gaïus, II, § 101), — le testament *per aes et libram* (Gaïus, II, §§ 103-104) (3), — l'*in jure cessio* (Gaïus, II, § 24) (4), — l'adoption (Gaïus, I, § 134, — Ulpien, X, § 1), —

(1) V. Tacite, *Hist.*, liv. I, n° 2; — Quintilien, *J. O.*, liv. V, ch. vii; — Juvénal, sat. VIII, v. 80.

(2) Sur la publicité à laquelle était soumis le mariage, en dehors de toute *conventio in manum*, on trouve des renseignements fort intéressants dans : Aulu-Gelle, IV, 4; — Pausanias, *Aululaire*, II, 2, 41-49; II, 3, 4; — Cicéron, *Ad Atticum*, I, 3; — Ovide, *Fastes*, II, 538-561; — Plutarque, *Romulus*, 15; — Varro, *De ling. lat.*, V, 61; — Plutarque, *Quæst. rom.*, 1 et 29; — Macrobe, *Saturn.*, I, 15; — Festus, v° *Rapi*; — Pline, *Hist. nat.*, XVIII, 3, 10; — Tacite, *Ann.*, IV, 16, et XI, 26-27; — Juvénal, X, 329-336.

(3) Les témoins furent maintenus et leur nombre augmenté dans le testament prétorien (Gaïus, II, § 119), dans le testament tripartite (*Inst.*, liv. II, tit. X, § 3) et dans le testament *per nuncupationem*. (L. 21, C., liv. VI, tit. XXIII *De testam.*)

(4) Il nous paraît évident que dans la *cessio in jure* le rôle du magistrat est plutôt celui d'un témoin, d'un caractère officiel, et le plus sûr de tous.

l'adrogation (Gaius, I, § 99, — Cicér., *Pro domo*, 13, 14, 29, — Aulu-Gelle, V, 19) (1), — l'émancipation (Gaius, I, §§ 132 et 138), — l'affranchissement *vindicta*, et même pour un certain mode d'acquisition du droit de cité par les Latins Juniens (Gaius, I, § 29).

15. — Ici, nous anticiperons quelque peu sur la suite de notre étude en donnant, pour n'y plus revenir, un rapide aperçu de certaines règles spéciales au témoignage dans les actes solennels et principalement dans les testaments.

Pour tous ces actes il était nécessaire, à peine de nullité, que les témoins fussent, au moment de leur concours, pères et citoyens romains (2). (Gaius, I, § 119, et II, § 104.) — En ce qui concerne le testament, ils devaient être spécialement appelés, *rogati*, à cet effet, ou du moins expressément avertis, si on les avait convoqués dans un autre but, qu'ils allaient assister à une manifestation de dernières volontés (L. 21, § 2, D., liv. XXVIII, tit. I, *Qui testam. fac. poss.*); de plus, ils ne devaient être ni fous, ni prodiges-interdits, ni muets, ni sourds, ni déclarés *intestabiles*. (3) (*Inst.* § 6, liv. II, tit. X.)

A côté de ces exclusions absolues, il existait, toujours par rapport aux testaments, plusieurs cas d'incapacité relative,

(1) Lorsque l'assemblée des comices par curies fut remplacée par une réunion de trente licteurs, sous la présidence d'un magistrat, ceux-ci durent se contenter de donner leur adhésion à la décision résolue d'avance par les pontifes; c'est ce que l'on appela désormais la *lex curiata*. (V. Ortolan, *Hist. du Droit*, p. 162; — Accarias, *Précis de Dr. rom.*, 4^e édit., p. 264.) — En réalité, dans cette fiction de comices, les trente licteurs ne sont plus que de simples témoins.

(2) Dans la mancipation on admettait cependant comme témoins les Latins et les Pérégrins jouissant du *commercium*. (Ulp. R., tit. XIX, § 4.)

En exigeant que les témoins aux actes solennels fussent au moment de leur concours citoyens romains, la loi romaine refusait par là même aux femmes le droit de figurer comme témoins dans ces actes. Cette exclusion a traversé les siècles et s'est maintenue dans toutes les législations modernes, une seule exceptée. En Italie, les femmes ont reçu d'une loi du 9 déc. 1877 la faculté de témoigner dans les actes publics, sans distinction.

(3) Sont déclarées *intestabiles* les personnes condamnées pour adultère, concussion, diffamation (L. 14 et 15 pr., D., liv. XXII, tit. V, *De testib.*; — L. 18, § 1, D., liv. XXVIII, tit. I, *Qui test. fac. poss.*), ainsi que celles qui ont dénié leur signature ou leur cachet apposés à un testament. (Théophile, sur le § 6. *Inst.*, liv. III, tit. X.)

que nous font connaître Gaius et Justinien. Telle était l'incapacité : 1° du fils de famille, placé sous la puissance du testateur (Gaius, II, § 103 ; — *Inst.*, § 9, liv. II, tit. VI) ; — 2° des personnes unies par un lien de puissance, soit au *familiae emptor* (Gaius, II, §§ 103 et 106), soit à l'héritier institué (*Inst.*, § 10, liv. II, tit. IV), c'est-à-dire de leur père, de leur fils ou de leur frère (1).

Nous devons ajouter que, dans la conception romaine, l'ordre public se trouvant intéressé à la perfection comme à la preuve des testaments, les magistrats avaient le devoir et l'obligation, au besoin en servant eux-mêmes de témoins, de faciliter le recrutement de ces derniers. (L. 22, D., liv. XXII, tit. IV, *De test.*)

Enfin l'infamie, l'exclusion du droit d'être témoin et de déposer en justice frappait toute personne qui, après avoir assisté à un acte en qualité de témoin instrumentaire, refusait d'en témoigner. (Loi des XII Tab., t. VIII, n° 8 ; — Aulugelle, XV, 13. — Sur le sens du mot *intestabilis*, V. Aulugelle, VI, 7.)

16. — Mais ces principes remontent sans doute au très ancien droit romain et les actes auxquels ils s'appliquent déterminément sont, nous l'avons vu, peu nombreux. Nous devons donc rechercher à quelle cause se rattache la généralisation du témoignage dans une période où la science du droit est arrivée à sa maturité. L'explication se dégage des considérations suivantes. La loi primitive ne devait guère s'occuper que des faits juridiques, en nombre très restreint, qui, mettant en jeu le crédit, ou entraînant des modifications dans la constitution de la famille ou de la propriété, pouvaient seuls faire craindre dans l'avenir un débat judiciaire. Pour tous les autres actes, elle n'avait pas à s'inquiéter de la manière dont ils seraient prouvés : ces actes

(1) L'incapacité du père, du fils ou du frère de l'institué héritier, comme règle législative, ne date que de Justinien. Elle n'existait pas à l'époque classique, ou tout au moins il devait y avoir sur ce point divergence d'opinions entre les jurisconsultes (Gaius, II, § 108) ; car Gaius recommande de n'avoir pas, autant que possible, recours à ces personnes.

produisaient tous leurs effets au moment même où ils étaient passés, les rapports de droits auxquels ils donnaient lieu n'avaient aucune durée, et, par là même, se trouvait écartée toute chance de procès. Qu'un homme aliène son champ, sa maison, qu'il mancipe son enfant, qu'il affranchisse son esclave, qu'il emprunte une somme d'argent, qu'un testateur dispose de son patrimoine, qui est le patrimoine de la famille (Gaius, II, § 157 ; — L. 11, D., liv. XXVIII, tit. II, *De lib. et posth.*), voilà des faits graves, présentant l'éventualité de contestations peut-être multiples que le législateur, même dans une société en voie de formation, est appelé à prévoir ; aussi les munit-il à l'avance de moyens de preuve. De là le *nexum*, les formalités de la mancipation, de l'*in jure cessio*, du testament, etc. — Quant aux innombrables rapports, la plupart sans importance, vente, achat, échange, emprunt de quelques denrées ou objets d'usage courant, dont la production entre les individus tient à la nécessité de satisfaire des besoins journaliers, qu'importe leur preuve dans les premiers âges d'une société. Ce n'est pas à leur propos qu'on ira devant le juge ; car, dans le cercle étroit où ils s'agitent, les hommes ont encore trop besoin les uns des autres pour permettre à la mauvaise foi de les désunir et laisser la chicane, sur des questions d'intérêts modiques, troubler la simplicité de leurs relations. — Puis le milieu s'élargit, les membres de la communauté se multiplient, les besoins augmentent. La richesse n'est plus un terrain inviolable et sacré, à l'égal de la famille avec laquelle elle se confond ; on ne répugne plus à s'en emparer en dépouillant celui qui la possède : chacun ne sent que son propre désir et mesure sur lui son droit.

D'autre part, les relations d'intérêt s'étendent et leur importance croît d'autant. Les liens d'obligations, rares au début, deviennent fréquents, l'exécution des conventions est reculée à des termes souvent éloignés : la notion du crédit s'accroît, mais avec elle la mauvaise foi, jusque-là comprimée, se développe, et, tandis que le propriétaire empiète sur le fonds proche du sien, ou qu'un voisin peu scrupuleux cherche à

accaparer le bien qu'il sait ne pas lui appartenir, le débiteur nie la dette qu'autrefois il aurait reconnue. L'homme dépouillé, le créancier dont la demande est contestée, s'adresse à la justice et, lorsqu'il veut prouver son droit, son mouvement naturel, en l'absence de toute règle sur la preuve, est de recourir au moyen le plus simple, à celui que la loi elle-même lui a indiqué lorsqu'elle s'est occupée à munir d'une preuve préconstituée les seuls actes qu'elle ait encore jugés dignes de ce soin. Les mêmes situations, les mêmes nécessités amènent le renouvellement de ces recours au témoignage; la preuve testimoniale passe dans les mœurs judiciaires (1); elle devient le procédé d'information habituel, reçoit de la pratique ses premières règles, que ratifie et complète l'intervention du droit honoraire, et, comblant la lacune qu'un état de civilisation moins compliqué avait laissé se produire dans la loi, persiste, tenace comme toutes les coutumes, alors même que le progrès, en vulgarisant l'usage de l'écriture, a rendu facile et préférable l'emploi beaucoup plus sûr de la preuve écrite (2).

(1) L'histoire de la procédure en France nous offre des exemples analogues. L'importante institution des référés a pour origine un vieil usage de notre ancien droit coutumier. Nous lisons dans l'Exposé des motifs sur le projet du Code de procédure civile (1^{re} partie, liv. V), présenté au Corps législatif par M. Réal, orateur du gouvernement (séance du 11 avril 1806) : « Dès 1685 un édit, donné pour l'administration de la justice du Châtelet de Paris, ordonne que dans plusieurs cas, dont il fait une longue énumération, le lieutenant civil pourra ordonner que les parties comparaitront le jour même dans son hôtel pour y être entendues et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste. — *L'existence de cet édit nous permet de supposer qu'il n'a fait que continuer ou régulariser un usage introduit bien antérieurement, usage que nous retrouvons encore dans cette assignation verbale, dans cette clameur de haro, à laquelle les habitants de l'ancienne Normandie obéissaient avec une respectueuse soumission.* »

(2) Si l'on jette un coup d'œil sur certaines des lois barbares qui au v^e siècle viennent supplanter en Gaule le droit romain, on voit qu'elles aussi attribuent au témoignage le premier rang dans l'organisation de la preuve. Mais, pour la matière qui nous occupe, là se borne toute leur ressemblance avec la législation romaine. On n'y rencontre en effet aucune trace d'une réglementation quelconque de la preuve testimoniale et, dans la loi Salique en particulier, bien qu'elle consacre à ce mode de preuve deux titres spéciaux, très courts il est vrai (tit. XLVIII et tit. XLIX), on ne trouve rien de relatif soit à la capacité des témoins, soit à leur production, soit à la force probante des témoignages. Plus tard seulement les Capitulaires, comme ceux de 744, de 789, de 804, 805, 809, poseront quelques règles sur l'âge, l'état, la capacité, la récusation de ceux qui déposent en justice. — V. également : Formules de Marculfe, liv. II, form. 1 et 2, et Lindembrog, form. 139.

17. — Comment fonctionne la preuve testimoniale?

§ I. — *Des Témoins.*

Les témoins judiciaires, à la différence des témoins instrumentaires, sont en quelque sorte des « témoins fortuits ». (Merlin, *Tém. judic.*, § 1, art. 1.) C'est le hasard qui les donne et presque jamais la partie qui les produit n'a la liberté de les choisir. Il semble donc que, pour ne pas rendre trop difficile la preuve des faits, lorsqu'elle repose sur le témoignage, le législateur doive restreindre aussi peu que possible le droit pour chacun de déposer en justice, sauf à laisser à l'appréciation du juge le degré de confiance que peuvent mériter certaines dépositions. Telle est du moins l'idée à laquelle le droit romain paraît s'être arrêté. (L. 13, D., liv. XXII, tit. V, *De testib.*) Car, ainsi que l'enseigne M. Bonnier (1), on ne trouve à Rome aucune trace d'un système de reproches qui permettrait de s'opposer à l'audition d'une personne capable de témoigner, par cela seul qu'on aurait quelque motif pour douter de sa véracité (2). Les seules causes qui faisaient rejeter le témoignage de certaines personnes étaient les *exclusions* et les *incapacités*, les premières absolues, les secondes relatives.

18. — A. *Des exclusions.* — Les exclusions s'appliquaient :

1° Aux fous;

2° Aux impubères (L. 3, § 5, et L. 19, § 1, D., *De testib.*) (3). Mais on peut se demander si, devenus pubères, ils seraient admis à déposer sur ce qu'ils ont vu, étant impubères, et telle est la question que se pose Bartole, à propos de la loi 3,

(1) *Traité des Preuves*, 5^e édit., n° 275. — *Contrà* : Toullier, liv. III, tit. III, n° 278 et 279.

(2) Les reproches étaient illimités dans l'ancien droit français : l'ordonnance de 1667 (tit. XXIII, art. 1), exigeait seulement qu'ils fussent circonstanciés et pertinents. Le Code de procédure civile (art. 283) limite au contraire les causes de reproches. Enfin elles sont complètement supprimées dans le Code de procédure civile allemand de 1877 (art. 348 et s.).

(3) Cette exclusion a disparu dans notre Code de procédure. L'art. 285 dispose : « Pourront les individus âgés de moins de 15 ans être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. »

§ 5, *De testib.* : « *Quæro an, facti puberes, possint testificari de eo quod ante viderunt?* » — Il ne nous donne d'ailleurs aucune réponse. Au contraire la glose, sur la même loi, décide en faveur de l'affirmative : *nam non prohibetur, dit-elle, ergo admittitur.* — Elle invoque également un argument d'analogie puisé dans la loi 99, § 2, Dig., liv. L, tit., XVI, *De verb. sign.*, d'après laquelle l'esclave devenu libre pouvait témoigner de faits qu'il avait connus étant en servitude. — Ces deux arguments nous semblent des plus fragiles. — Aussi le mieux, à notre avis, serait-il de reconnaître qu'il y a là une de ces difficultés pour lesquelles il est bien difficile, sinon impossible de proposer une solution;

3° A ceux qui avaient été condamnés *judicio publico* ou même simplement accusés (L. 3, § 5; L. 15; L. 20, D., *De testib.*);

4° Aux individus qui ont subi une condamnation *ob carmen famosum* (L. 21, D., *De testib.*);

5° A ceux qui ont reçu de l'argent pour déposer ou ne pas déposer dans un autre procès (L. 3, § 5, D., *eod.*);

6° Aux sénateurs ignominieusement chassés du Sénat et non réintégrés dans leur siège (L. 2, D., liv. I, tit. IX, *De Sen.*);

7° Aux femmes condamnées pour adultère (1) (L. 18, D., *De testib.*);

8° Aux juifs, hérétiques, païens, contre les chrétiens ortho-

(1) Sous l'ancien droit romain, les femmes étaient incapables de déposer en justice : « *Et Tarratiam quidem virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est, quæ super ea ad populum lata, qua lege ei plurimi honores fuit, inter quos jus quoque testimonii dicendi tribuitur; testabilisque una omnium feminarum ut sit, datur.* » (Aulu-Gelle, l. VI, ch. vii.) Cette prérogative accordée à Tarratia fut par la suite étendue à toutes les Vestales. (Tacite, *Ann.*, liv. I, ch. xxxiv.) — Enfin, à partir d'Auguste, les femmes, sans distinction, purent être entendues comme témoins. (L. 18, D., *De testib.*) — Reste à savoir toutefois si, en raison de la prétendue faiblesse de leur sexe, on ajoutait au témoignage des femmes la même foi qu'à celui des hommes. Toujours est-il que, dans notre vieux droit, des jurisconsultes comme Bruneau enseignaient que le témoignage de trois femmes pouvait au plus valoir celui de deux hommes. (*Observat.*, tit. VIII, n° 40.) C'est même ce qui a été jugé par un arrêt du sénat de Chambéry de 1593, rapporté par le président Fabre en son Code. (Liv. IV, tit. XV.)

doxes (L. 21, C., liv. I, tit. V, *De hæret.*; — L. 3, C., liv. I, tit. VII, *De apostat.*) (1);

9° Aux gladiateurs (L. 21, § 2, D., *De testib.*); aux bes-tiaires, aux galériens, aux prostituées (L. 3, § 5, *eod. tit.*) (2);

10° Aux hommes de la lie du peuple *quos vitæ humilitas infamaverit*, selon l'expression de Paul. (*Sent.*, § 1, liv. V, tit. XV, *De testib.*) (3).

En résumé étaient exclus du droit de porter témoignage tous ceux qui *propter notam et infamiam vitæ suæ admit-tendi non sunt ad testimonii fidem*. (L. 3, § 5, D., *De testib.*)

19. — B. *Des incapacités.* — Comme les exclusions, les incapacités répondaient à des considérations d'ordre pu-blic et de moralité. En frappant telles personnes de l'inca-pacité de témoigner dans certaines affaires, on avait pour but d'éviter soit de placer les témoins entre leur affection ou leur intérêt et leur conscience, soit de laisser planer sur leur

(1) Les juifs et les païens pouvaient être témoins dans les procès qui s'éle-vaient entre eux. (L. 21, C., *De hæret.*)

(2) Claude ayant entendu des femmes de mauvaise vie contre un chevalier romain, celui-ci lui jeta à la tête les tablettes et le stylet qu'il tenait à la main. (Suétone, *Vie de Claude*, n° 15.)

(3) Cependant il est probable que le juge pouvait entendre de tels témoins et considérer leurs dépositions au moins comme de graves indices lorsqu'ils n'existait pas d'autre moyen pour découvrir la vérité. D'une manière plus gé-nérale, on devait sans doute apporter aux exclusions comprises sous les n°s 9 et 10 le tempérament indiqué dans notre ancien droit par Serpillon. « Il ne faut pas croire, dit cet auteur, que dans toutes les occasions on rejette la déposition de ces sortes de personnes; car, dans certains cas, on est forcé de se servir pour témoins de personnes de mœurs dépravées. C'est lorsque la plainte est rendue pour faits de débauche qu'il serait presque impossible de prouver si l'on rejetait leur témoignage. Il n'est pas ordinaire de trouver des témoins de bonnes mœurs pour déposer sûrement de pareils faits..... Ce sont les cas où les docteurs disent: « *In casibus in quibus testes inhabiles ad-mittuntur, non probant, sed solum faciunt talem qualem probationem.* » (G. crim., p. 720.)

Remarquons également que, malgré la présomption formulée par Horace (liv. III, ode 24, v. 42)

*Magnum pauperies opprobrium jubet
Quidvis et facere et pati
Virtutisque viam deserit arduæ,*

la pauvreté ne devait faire exclure un témoin qu'autant qu'il s'agissait d'un individu dégradé. Ce qui tendrait à le prouver, c'est que Tibère, s'il faut en croire Suétone, fit signer son testament par des témoins de condition obscure. (*Vita Tiber.*, cap. ult.) Or on devait se montrer tout aussi difficile sur les qualités requises des témoins pour les testaments que pour les procès.

témoignage des suspicions légitimes. Pour ces motifs étaient déclarés incapables :

1° Les personnes soumises à la puissance ou à l'influence directe du chef de famille intéressé dans le procès (L. 6, D., *De testib.*), ce qui comprend non seulement les enfants *in potestate* (L. 9., *eod. tit.*), mais encore les serviteurs à gage, les gens de la maison. (L. 24, *eod. tit.*; — L. 3, C., *eod. tit.*) — Réciproquement le fils ne pouvait pas recourir au témoignage de son père, non plus que le serviteur à celui de son maître;

2° Les affranchis contre leurs patrons et les patrons contre leurs affranchis (L. 4, D., *De testibus*; — L. 12, C., *De testib.*) : « *Libertorum adversus patronos illicitas atque improbas voces pœnæ objectione præcludimus*, » porte la loi 12, au Code, *De testibus*, et on peut lire dans Aulu-Gelle cette phrase significative, reproduite de Caton : « *Adversus cognatos pro cliente testatur; testimonium adversus clientem nemo dicit : patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere.* » (*Nuits att.*, liv. V., ch. xvm.) — Pour être logique il aurait fallu interdire également le témoignage de l'affranchi en faveur de son patron, et celui du patron en faveur de l'affranchi. Au contraire il paraît bien que le patron et l'affranchi étaient admis à témoigner en faveur l'un de l'autre. Le passage d'Aulu-Gelle le dit expressément. D'ailleurs, quand même les textes ne nous fourniraient sur ce point aucune indication, l'absence de toute prohibition formelle suffirait pour nous permettre de conclure à l'application du principe : « *quod favore quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum inventum non videtur.* » (L. 6, C., liv. I tit. XIV, *De legib.*) Telle fut du moins la règle pendant toute la période classique. Ce n'est que plus tard, en 241, qu'une constitution de l'empereur Gordien décide que la déclaration d'un affranchi ne peut servir ni en faveur de son patron, ni contre lui (L. 6, C., liv. IX, tit. XLI, *De quæstion.*);

3° Les avocats dans les causes de leurs clients (L. 23, D., *De testib.*);

4° Les personnes qui ont un intérêt dans le procès (L. 10, D., *De testib.*; — L. 10, C., *De testib.*);

5° Ceux qui déjà dans un autre procès ont été témoins contre la partie contre laquelle on les produit de nouveau (L. 23, D., *De testib.*; — L. 17, C., *De testib.*);

6° Ceux qui ont un procès criminel avec la personne contre laquelle on veut invoquer leur témoignage. (Nov. 90, ch. VII.) (1).

20. — c. — A côté des exclusions et des incapacités nous trouvons un certain nombre de dispenses, quelques-unes générales, les autres relatives. — Les premières étaient celles accordées aux vieillards, aux infirmes, aux militaires, aux magistrats absents ou empêchés, *reipublicæ causa*. (L. 8, D., *De testib.*) — Les secondes étaient prononcées en faveur des gendres, brus, beaux-pères, belles-mères, beaux-fils, belles-filles, cousins germains et cousins issus de germains (LL. 4 et 5, D., *eod. tit.*), enfin en faveur de ceux qui avaient été choisis comme médiateurs avant le procès (Nov. 90, ch. 8), à moins qu'ils ne fussent appelés comme témoins du consentement des parties.

21. — Nous n'avons rangé les esclaves ni dans la catégorie des exclus, ni dans celle des incapables. En matière de témoignage en effet une situation spéciale leur est faite qui ne permet pas de les assimiler aux individus frappés d'une incapacité, soit absolue, soit relative, de déposer en justice. Un

(1) On enseigne quelquefois, en se fondant sur la loi 3, Dig., *De testib.*, que les relations d'amitié ou de haine avec l'une des parties suffisaient pour faire repousser le témoignage et créer une incapacité, dont la Novelle 90 contiendrait seulement la reproduction. Ceux qui adoptent cette opinion comprennent fort mal, selon nous, la loi 3 pr., ainsi conçue : « *In persona eorum (testium) exploranda erunt in primis... vel an inimicus ei sit adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit pro quo testimonium dat,* » et qui se borne par suite à recommander au juge de rechercher si le témoignage ne serait pas dicté par la haine ou l'amitié ; il y a loin de là à prononcer une incapacité. Cette interprétation nous paraît pleinement confirmée par la Nov. 90, ch. 7 elle-même qui, après avoir dit : « Si un plaideur prouve qu'entre lui et le témoin qu'on lui oppose il y a un procès criminel pendant, ce témoin ne sera pas admis à déposer, » ajoute : « *Si vero aliter odiosus esse dicatur (testis), aut conventus pecuniarie, procedat quidem testatio, tempore vero disputationum servantur hujusmodi quæstiones.* »

passage de Térence (1) paraîtrait cependant indiquer le contraire. Mais il est évident que le poète s'est placé à un point de vue plus moral que juridique, car de nombreux textes nous montrent qu'on pouvait fort bien, même dans les causes civiles, avoir recours au témoignage des esclaves. (L. 7, D., *De testib.*; — LL. 20, 1, § 1, D., liv. XLVIII, tit. XVIII, *De quæst.*; — L. 58, § 2, D., liv. XXI, tit. I, *De ædil. edict.*; — LL. 2 et 12, C., liv. IX, tit. XLI, *De quæst.*; — *Sent.* de Paul, §§ 1 et 2, liv. V, tit. VI, *De servor. quæst.*) — Seulement deux différences capitales le séparent de celui des hommes libres : 1° on ne doit admettre les esclaves à témoigner que comme moyen extrême, *cum alia probatio ad eruendam veritatem non est* (L. 7, *De testib.*); — 2° tandis que la torture ne s'appliquait aux hommes libres qu'en matière criminelle, lorsqu'il s'agissait d'un fait entraînant la peine capitale (L. 8, D., *De quæst.*), et que de plus on se trouvait en présence de témoins prétendus oculaires (L. 18, § 3, D., *De quæst.*) (2), pour les témoins esclaves on pouvait au contraire en toutes matières chercher dans les tourments une garantie de la sincérité de leurs dépositions (3). Les constitutions impériales se contentent de conseiller *ut non facile in re pecuniaria quæstio habeatur, sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta*. (L. 9, pr., D., *De quæst.*) En réalité le juge restait libre de statuer comme il l'entendait sur l'opportunité de la *quæstio* (4). (L. 7, *De quæst.*)

Le témoignage des esclaves n'était complètement exclu que

(1) Phormio, acte II, vers 292 :

*Servum hominem causam orare leges non sinunt
Neque testimonii dictio est.*

(2) Cela n'est absolument vrai que dans la législation de Justinien. Il résulte en effet d'un texte de Paul (*Sent.*, liv., V, titre XV, § 6) qu'on peut infliger la torture même aux témoins, hommes libres, *cum de rebus hereditariis quæritur*.

(3) Celui qui voulait faire mettre un esclave à la torture devait d'ailleurs s'engager, si l'esclave ne lui appartenait pas, à indemniser son maître du préjudice qu'il pourrait subir de ce fait. (L. 13, D., *De quæst.*; — *Sent.* de Paul, § 3, liv. V, tit. XVI, *De servor. quæst.*)

(4) Sur le sens du mot *quæstio*, V. L. 15, § 41, D., liv. XLVII, tit. X, *De injur. et fam. lib.*

s'il devait être invoqué soit en faveur de leurs maîtres, soit contre ceux-ci (L. 1, § 16, et L. 9, § 1, D., *De quæst.*; — LL. 1 et 6, C., *De quæst.*; — *Sent.* de Paul, §§ 5 et 6, liv. V, tit. XVI, *De servor. quæst.*), alors même que, dans le second cas, les maîtres auraient consenti à l'audition de leurs esclaves. (L. 18, § 7, D., *De quæst.*)

§ II. — *De la forme du témoignage.*

22. — Pendant très longtemps on abandonna aux parties le soin de convoquer elles-mêmes leurs témoins. Dans le droit des XII Tables le plaideur qui voulait obtenir le témoignage de certaines personnes allait par trois jours de marché à la porte des maisons de ces personnes les requérir à haute voix de venir déposer en justice. C'est du moins le sens probable de la loi 2 » (*Lex XII Tab. tab. II*) ainsi conçue : « *Cui testimonium deficerit, is tertius diebus ob portum obvagulatum ito.* » (Cujas, *Observ.*, liv. VII, ch. xv.)

La présentation des témoins donnait lieu à une formalité symbolique à laquelle il est souvent fait allusion par les auteurs latins et qu'Horace rappelle dans une de ses satires (lib. I, sat. 9) :

Casu venit obvius illi
Adversarius : et « quo tu turpissime ? » magna
Exclamat voce ; et « Licet antestari ? » Ego vero
Oppono auriculam : rapit in jus : clamor utrinque ;
Undique concursus. Sic me servavit Apollo.

Partant de cette croyance, que la mémoire se localisait dans le bas de l'oreille, les Romains la tiraient à ceux qu'ils appelaient à témoigner, comme pour réveiller en eux le souvenir.

Cette procédure, plus ou moins fantaisiste, finit par disparaître ; mais à quelle époque la réforme fut-elle opérée ? Il est impossible de le préciser. Un seul point paraît établi avec certitude, c'est que, dans la législation de Justinien, la convocation des témoins était confiée aux *executores litium* (L. 18, C., liv. IV, tit. XX, *De testib.*), c'est-à-dire aux

viatores (*Inst.*, liv, IV, tit. VI, *De action.*, § 24), officiers de justice attachés au tribunal de chaque magistrat (1).

23. — A la même époque, le juge déterminait le délai dans lequel comparaitraient les témoins (Nov. 90, ch. 4), et ceux-ci devaient jurer qu'ils se présenteraient dans le délai fixé. (L. 19, C., *De testib.*) Il est d'ailleurs certain que l'individu cité comme témoin ne pouvait se refuser à venir déposer en justice. La loi 19, au Code, *De testibus*, porte en effet : « *Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussio-nem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri; sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus.* » Et Justinien en en décidant ainsi se montre beaucoup moins sévère que le droit antérieur, qui aurait permis, la constitution précitée le laisse supposer, de s'assurer, en les faisant incarcérer, de la personne des témoins peu disposés à comparaître (2). Lorsque les témoins se présentent, le juge n'est pas obligé de les entendre immédiatement, mais il doit le faire dans la quinzaine ; ce laps de temps écoulé, les témoins sont libres de se retirer, sauf à la partie qui les avait cités à réclamer au juge négligent des dommages-intérêts en réparation du préjudice que

(1) Bien avant Justinien, on cherche à réglementer la procédure relative à la preuve testimoniale. Ainsi des constitutions impériales ordonnent au juge d'empêcher les parties d'assigner un trop grand nombre de témoins « *ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur* ». (L. 1, § 2, D., *De testib.*) — Cette injonction est reproduite et développée par la Nouvelle 90, ch. 4. — D'après Valerius Probus, la formule de l'édit : *Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. Q. D. D. D. P. F.* aurait signifié : « *Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ, judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat decem denuntiandi protestatem faciam.* » (De Meerman. *Thesaur. jur.*, I, p. 110.)

(2) Il n'y aurait donc pas lieu de soutenir, comme on a voulu le faire en s'appuyant sur un passage de Quintilien (*Inst. Orat.*, I, V, tit. VII, § 9), que les témoins en matière civile pouvaient, avant Justinien, refuser de comparaître. Quintilien, en disant : « *Et quoniam duo sunt genera testium, aut voluntarium, aut eorum quibus judex in judiciis publicis lege denuntiare solet...* » se borne à établir une distinction entre les témoins produits par les parties, sans que le juge s'en préoccupe, et ceux au contraire que le magistrat appelle de sa propre autorité dans les affaires criminelles. C'est ce que prouve clairement la suite du texte : « *quorum altero pars utraque utitur; alterum accusatoribus tantum concessum est.* » — D'ailleurs, si les témoins avaient pu se soustraire arbitrairement au devoir qu'on leur demandait de remplir, à quoi auraient servi les dispenses dont nous avons parlé plus haut ? (N° 20.)

lui cause la perte de ses témoins. (L. 19, *in f.*, *De testib.*)

24. — Avant de déposer, les témoins prêtaient serment (L. 9 pr. et L. 16, C., *De testib.*; — Nov. 90, ch. 9; — Nov. 123, ch. 7) (1), et le serment était exigé à peine de nullité. (Argument, L. 5, C., liv. I, tit. XIV, *De legib.*) Ils étaient ensuite interrogés en audience publique (2) par les deux parties ou par leurs avocats. (Suétone, *Vit. Augusti*, n° 36; — Pline, liv. III, epist. 9.) (3). La présence des deux adversaires était nécessaire pour que l'on pût procéder à l'audition des témoignages. Pourtant les dépositions pouvaient être reçues par le juge, même en l'absence de l'un des plaideurs, si, régulièrement sommé, il avait refusé de comparaître. (Nov. 90, ch. 9, et Auth., *Sed et si quis*, C., *De testib.*) — Les questions étaient posées sous une forme spéciale : *Quæro de te, arbitrerisne*, demandait-on au témoin, et celui-ci répondait : *arbitror* (Cicéron, *Lucullus*, § XLVII; — *Pro Font.*, § XII; — Tite-Live, liv. IV, ch. XL); ce qui semblerait impliquer que les déposants n'affirmaient rien, même de ce qu'ils avaient constaté *propriis sensibus* (4). Les dépositions étaient reçues et consignées par écrit. (*V. procès-ver-*

(1) Le premier texte qui impose législativement aux témoins la prestation du serment est une constitution de Constantin, la loi 9 à notre titre. Mais il résulte d'un passage de Sénèque (*De ira*, liv. II, ch. xxix) que le serment dut toujours en droit romain accompagner la preuve testimoniale. Voici ce que dit Sénèque : « *De parvula summa judicaturō tibi res sine teste non probaretur. Testes sine jurejurando non valerent.* »

(2) Il ne faudrait pas conclure d'une phrase un peu obscure contenue dans la loi 14, C., *De testib.*, « *judicantis intrare secretum*, » qu'à l'époque de Zénon, auquel appartient cette constitution, les témoignages fussent entendus en secret. Cette locution indique seulement le lieu où les témoins venaient déposer, c'est-à-dire la partie du tribunal réservée au juge.

(3) Quintilien a même écrit un véritable traité sur l'art d'interroger les témoins. (*Inst. Orat.*, liv. V, ch. vii.)

(4) Cette extrême prudence du droit romain en matière de témoignage se retrouve dans la législation anglaise moderne, qui interdit de poser aux témoins des questions pouvant suggérer la réponse (*leading questions*), à moins que la question ne s'adresse à un témoin cité par la partie adverse. Ainsi le juge ne devrait pas admettre une demande formulée de la manière suivante : « N'est-il pas vrai que le témoin a vu telle chose ? » — Il est également imposé au juge d'arrêter sur-le-champ tout témoin qui cesserait de déposer sur ce qu'il a constaté directement, pour parler de ce qu'il a entendu dire ou même de ce qui lui a été, soit affirmé, soit écrit, par un tiers. Cette dernière règle, considérée comme fondamentale par la loi anglaise, ne souffre d'exceptions que dans un très petit nombre de cas. (*V. Powell's Evidence*, 164 et s., — 206 et s., — 218 et s.)

bal d'enquête de 557, Spangenberg, *Jur. rom. negot.*, Lips, 1822, pp. 304-306.) L'observation de cette formalité n'est, à vrai dire, formellement prescrite que par Justinien, dans la nouvelle 90, ch. 3; mais il est probable qu'elle remonte à une époque bien antérieure et qu'elle fut rendue nécessaire par l'introduction de l'appel dans la procédure romaine. L'usage des procès-verbaux d'enquête serait par suite contemporain du commencement de l'Empire, puisque c'est à Auguste que paraît due l'organisation de l'appel. (Suétone, *Oct. August.*, 33.) Il n'y a là toutefois qu'une simple conjecture. Cependant ce qui la rend admissible, c'est que, dès avant Justinien, on consignait par écrit les dires des témoins dans une hypothèse toute voisine de la nôtre, lorsque les parties portaient leur différend devant des arbitres, *judices compromissarii*, choisis par elles. Ce point est constaté spécialement par la loi 20, au Code, *De testibus*, relative à la question de savoir si les témoignages reçus lors de cette première instance, et en particulier le procès-verbal qui en avait été dressé, pouvaient être invoqués *in judicio*.

25. — Le principe dont nous avons vu jusqu'ici l'application est que les témoins déposent oralement devant le juge compétent. Mais ce principe était tempéré par la pratique des commissions rogatoires, déjà connues en droit romain, et qui peut-être ne furent elles-mêmes introduites que pour remédier à un abus consistant à admettre, en toutes matières, des témoignages écrits aux lieu et place de dépositions orales. (L. 13, § 3, D., *De testib.*) Quelle fut la marche de la réforme? Nous l'ignorons. Nous savons seulement qu'Adrien défendit de recevoir dans les causes criminelles d'autres déclarations que celles des témoins présents. Continua-t-on à recevoir dans les causes civiles les dépositions écrites sans restriction, ou bien n'admit-on plus dès cet époque, et comme l'ordonnera l'empereur Justinien en l'année 540 (Nov. 90, ch. 5), que celles recueillies en vertu d'une commission rogatoire délivrée par le juge saisi du litige? Nous devons laisser la question sans réponse, les textes ne nous fournissant aucune indication qui

nous permette de la résoudre. — Quoi qu'il en soit, les commissions rogatoires fonctionnent régulièrement dans la législation des Nouvelles. Outre qu'elles interviennent dès qu'il s'agit d'éviter aux parties des frais inutiles et aux témoins des déplacements souvent très difficiles, elles constituent le seul mode de recevoir le témoignage des personnes *illustres* et de celles qui *supra illustres sunt* (L. 16, C., *De testib.*), en ce sens que ces personnes doivent être interrogées à domicile. De même les évêques ne peuvent être contraints à venir déposer devant le juge. (Nov. 123, ch. 7.) « *Judex mittat ad eos*, dit le texte, *quosdam ex personis ministrantium sibi; ut propositis sanctis evangeliiis secundum quod decet sacerdotes dicant quæ noverint.* » Mais semblable prérogative n'est pas accordée aux simples prêtres. (L. 8, C., liv. 1, tit. III, *De Episc. et Cler.*) — Enfin on peut supposer qu'on avait également recours aux commissions rogatoires lorsqu'ils s'agissait d'obtenir les déclarations de ceux que l'âge, la maladie ou les fonctions qu'ils remplissaient auraient dispensés de venir prêter leur témoignage. (L. 8 précitée, D., *De testib.*)

26. — Lorsqu'une partie craignait de perdre ses témoins, pouvait-elle les faire déposer d'avance devant le magistrat; en d'autres termes, les enquêtes *in futurum* étaient-elles permises par la législation romaine? La question ne paraît pas avoir été tranchée catégoriquement par nos anciens jurisconsultes. Cependant les canonistes et les glossateurs avaient cru pouvoir s'appuyer sur deux textes du Digeste (L. 3, § 5, liv. XXXVII, tit. X, *De Carb. edict.*; — L. 40, liv. IX, tit. II, *Ad leg. Aquil.*) pour instituer dans notre vieux droit les enquêtes *in futurum* (1) (abolies par l'ordonnance de 1667, tit. XIII, art. 1), et certains commentateurs modernes, tout en reconnaissant que très probablement ce point n'était pas soumis en droit romain à des règles fixes, voient encore

(1) A propos de la loi 40, liv. IX, tit. II, *Ad leg. Aquil.*, la glose s'exprime de la manière suivante : « *Testes examinaturus ante litem contestatam judex, idque ad æternam rei memoriam, prius sententiam interlocutoriam ferre debet, hoc est testes esse valetudinarios, et abfuturos, eoque nomine ad eorum examinationem procedi posse.* »

dans la loi 40 de Paul, *Ad leg. Aquil.*, une application de l'enquête à futur. — Cette opinion doit être, à notre avis, définitivement abandonnée. Peut-être, dans certains cas très favorables, le préteur, en vertu d'une sorte de pouvoir discrétionnaire, permettait-il l'audition anticipée des témoins; ce qu'il y a de certain, c'est qu'aucun texte ne lui défend de prendre pareille mesure. Mais on ne peut aller plus loin et ce serait commettre une grave erreur d'interprétation que de voir, soit dans la loi 3, § 5, *De Carb. edicto*, soit dans la loi 40, *Ad leg. Aquil.*, même une allusion à la possibilité d'une enquête *in futurum*. Si ces textes devaient être invoqués à propos de notre question, ce serait plutôt dans le sens d'une réponse négative. Que disent-ils en effet? Le premier suppose l'état d'un impubère contesté, et décide que, si l'on peut craindre la perte de certains moyens de preuve, on devra déroger aux règles de l'édit Carbonien et ne pas prononcer l'ajournement du procès jusqu'au moment de la puberté, ajournement qui, dans l'espèce, serait plus préjudiciable qu'utile aux intérêts de l'impubère. — Le second prévoit l'hypothèse où l'*instrumentum* constatant une créance conditionnelle a été détruit *pendente conditione*, et accorde au créancier le droit d'agir immédiatement contre le débiteur et d'administrer sa preuve par témoins « *qui possunt non esse eo tempore quo conditio existat* ». Le créancier ne sera d'ailleurs autorisé à poursuivre l'exécution de la condamnation que lorsque la condition se sera réalisée. — Ainsi, dans les deux cas, une personne est exposée à se voir enlever ses moyens de preuve, et dans les deux cas cette situation permet à l'intéressé d'engager immédiatement l'instance, alors que régulièrement le procès ne devrait avoir lieu que plus tard. Par là même ne devient-il pas évident que dans aucune des deux hypothèses il n'est question d'enquête *in futurum*? Car si pareil moyen était mis à la disposition du plaideur menacé de perdre ses témoins, il serait inutile de lui permettre d'intenter son action et de la poursuivre jusqu'à la condamnation.

27. — Tout témoin avait droit au remboursement des frais que lui avait occasionnés son déplacement. « *Si quis autem necessarias, decident les empereurs Dioclétien et Maximien, sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem, qui super appellatione cognoscet, ve. itatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hoc fieri iudex prospexerit, sumptus iisdem ad faciendi itineris expeditionem præbere debebit, cum id ipsa justitia persuadeat.* » (L. 6., § 2, C., liv. VII, tit. LXII, *De appellat.*) La même règle avait été déjà prescrite par Adrien : « *Alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent : tecum ergo delibera, ut si retinere eos velis, des eis impendia.* » (L. 3, § 4, D., *De testib.* — *Adde* : LL. 11 et 16, § 1, C., *De testib.*)

28. — Les peines les plus sévères étaient prononcées contre les faux témoins. D'après la loi des XII Tables, tout homme convaincu de faux témoignage devait être précipité du haut de la roche Tarpéienne. (Aulu-Gelle, liv. XX, chap. 1, *in fine.*) Quand cette peine eut été abolie d'une manière générale (L. 25, § 1, D., liv. XLVIII, tit. XIX, *De pæc.*), on la remplaça contre les faux témoins par la mort pour les *humiliores* et pour les *honestiores* par la confiscation, l'exclusion de la curie, accompagnées d'exil ou de *relegatio in insulam* (1). (*Sent.* de Paul, liv. V, tit. XV, § 5, et tit. XXV, § 2. — *Adde* : L. 1, §§ 2 et 13, et liv. XLVIII, tit. X, *De fals.* ; — LL. 13 et 15, C., liv. IV, tit. XX, *De test.*) Mais cette énergie du châtimement ne paraît pas avoir arrêté dans la société romaine la progression sans cesse constante des faux témoignages, et les moralistes purent regretter avec amertume l'antique rigueur de la loi décenvirale : « *An putas, Favorine, si non illa etiam ex Duodecim Tabulis de testimoniis falsis pæna abolevisset :*

(1) Ces peines frappaient-elles même ceux qui s'étaient rendus coupables de faux témoignage en matière purement civile ? Le caractère général des textes cités et surtout des textes empruntés aux *Sentences* de Paul semble l'indiquer. — Pourtant la loi *Cornelia de sicariis* ne punissait de la déportation que la déposition mensongère ayant entraîné la condamnation à mort de celui contre qui elle avait été faite. « *Lex Cornelia pœnam deportationis infligit eis qui.... falsum testimonium dixerint quo quis periret.* » (*Sent.* de Paul, liv. V, tit. XXIII, § 1.)

et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e Saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus. » (Aulugelle, *op. et loc. cit.* — Adde : Juvénal, Sat. XIV, v. 218.)

§ III. — De la force probante du témoignage.

29. — Sous cette rubrique, nous nous proposons d'étudier trois questions, dont l'une surtout, la dernière, est très importante et très discutée. Ces questions sont les suivantes :

1° La loi romaine exigeait-elle, pour qu'il y eût preuve, que cette preuve résultât d'un certain nombre de dépositions concordantes : admettait-elle la maxime *testis unus, testis nullus* ?

2° La preuve testimoniale était-elle universellement admise ?

3° La preuve testimoniale pouvait-elle être reçue même contre un titre écrit ?

30. — 1^{re} Question. — A s'en tenir aux textes les plus généraux, il semble bien que le juge devait non pas compter, mais peser les témoignages (1). Par suite, on aurait pu perdre sa cause en produisant de nombreux témoins, comme on aurait pu la gagner avec un seul. Nous ne doutons pas que la première partie de cette conclusion ne soit absolument vraie ; mais nous n'en dirions pas autant de la seconde, et nous croyons au contraire que toujours les Romains suivirent cette maxime *testis unus, testis nullus*, sinon comme règle législativement formulée, du moins comme coutume judiciaire unanimement reconnue. — Ce n'est pas que la loi 12, D., *De testibus*, sur laquelle on a cherché à appuyer cette opinion, fournisse en sa faveur un argument quelconque. Dans ce texte, le jurisconsulte Ulpien fait simplement remar-

(1) « *In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est : et ideo testes, qui adversus fidem suam lestationis vacillant, audiendi non sunt.* » (L. 2., D., *De testibus*.)

« *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimoniis quibus potius lux veritatis consistit.* » (L. 21, § 3, *eod. tit.*)

quer que, lorsque les lois exigent d'une manière vague plusieurs témoins sans désigner exactement leur nombre, deux témoins suffisent : « *pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.* » — Mais dans un ordre d'idées différent, les observations suivantes ne peuvent manquer d'avoir une certaine importance. En premier lieu, même les textes généraux, les textes de principe et entre autres ceux que nous avons cités au début de ce paragraphe, impliquent tous une idée de pluralité dans le témoignage, comme si les jurisconsultes n'avaient pu supposer qu'une seule hypothèse, parce qu'une seule situation aurait été possible, celle où le juge se trouve en présence de plusieurs témoins. D'autre part, en l'année 334, Constantin donne expressément force de loi à la maxime *testis unus, testis nullus* : « *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, et unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore prefulgeat.* » (L. 9, § 1, C., *De testibus.*) Or il n'est pas dans les habitudes du droit romain, même du droit des empereurs, d'innover brusquement. Les constitutions impériales, suivant en cela l'exemple de l'édit du préteur, ne font presque toujours que sanctionner ou prohiber un usage depuis longtemps établi, ou qui cherche à s'établir, et si l'on se reporte quelque peu en arrière, on se convainc facilement que, dans la constitution précitée, Constantin adopta le premier de ces deux partis. Nous lisons en effet dans un fragment de Paul (L. 20, D., liv. XLVIII, tit. XVIII, *De quest.*) que l'on ne doit pas ajouter foi au témoignage d'un seul homme ; et un examen attentif de ce texte nous montre qu'il faut y voir plus qu'une simple considération ou qu'un argument de raison, mais bien l'affirmation d'un principe juridique, dont la décision relatée par le jurisconsulte n'est que la conséquence. Nous pensons donc n'avoir rien exagéré en affirmant nous-mêmes que le caractère particulier de la conception romaine en matière de preuve testimoniale était de regarder la conviction comme ne pouvant naître

chez le juge que du rapprochement des témoignages (1). Écoutons plutôt Q. Scævola, recommandant, plus de quatre siècles avant le rescrit de Constantin, de rejeter son propre témoignage, si d'autres ne venaient pas le confirmer : « *Ita sibi credi oportere si et alii idem asserverant, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli.* » Et Valère Maxime, qui rapporte ces paroles, ajoute : « *Et religioni igitur suæ debitam fidem et communi utilitati salubre consilium reddit.* » (Val. Max., l. IV, c. 1, n° 11.)

31. — 2^e Question. — Il est hors de doute que pendant fort longtemps la preuve testimoniale fut admise en toutes matières. Même dans les cas exceptionnels où certains actes, tels l'affranchissement *censu* ou *vindicta*, l'adoption, l'adrogation, l'émancipation, exigeant le concours d'un magistrat ou du peuple lui-même, donnaient lieu à la rédaction d'un *instrumentum* qui formait, comme on l'a dit avec raison, la plus authentique des preuves, en l'absence de l'acte écrit, le témoignage était pleinement recevable par application de la règle : « *Actorum interitu veritas convelli non solet.* » (L. 11, C., liv. IV, tit. XXI, *De fide instrum.*) Sous l'empire de cette idée, encore élargie, l'empereur Probus édictait la constitution qui forme la loi 9, au Code, *De nuptiis* (V, 4) : « *Si viciniis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est : quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem,* » alors pourtant que, moins d'un siècle auparavant, Marc-Aurèle avait prescrit à tout citoyen romain de faire inscrire la naissance de ses enfants (*professio natalium*), (*Jul. Capitolinus*, 9), et que le seul moyen de rendre cette injonction efficace était de repousser tout autre mode de preuve de l'état civil.

(1) « *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus... utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint, an ad ea, quæ interrogaveras, ex tempore veresimilia responderint.* » (L. 3, § 1, D., *De testibus*.)

32. — Mais à partir d'une époque qu'il est impossible de préciser et qui, très probablement, ne doit pas remonter plus haut que le commencement du ⁱⁱⁱ siècle, la preuve littéraire fut déclarée seule recevable dans plusieurs hypothèses spécialement déterminées. Ces restrictions ne répondent d'ailleurs dans leur ensemble à aucune idée générale; ce sont des décisions d'espèces que nous nous bornerons à énumérer (1). La preuve testimoniale demeura donc rigoureusement exclue :

1^o Lorsqu'on voulait démontrer la non-existence ou la fausse cause d'une dette constatée par écrit, alors que l'écrit faisait mention d'une cause. « *Nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eadem conscripsit : tunc enim stare eum oportet suæ confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse* » (L. 25, § 4, D., liv. XII, tit. III, *De probat.*);

2^o Lorsqu'il s'agissait d'établir la non-existence d'une situation constatée par les registres du cens ou autres *monumenta publica*. C'est ce qui avait lieu, par exemple, lorsque l'on soutenait que les limites d'un héritage n'étaient pas en réalité celles que relevaient les *libri censuales*. (L. 40, D., liv. XXII, tit. III, *De probat.*; — L. 4, D., liv. L, tit. XV, *De censib.*) Dans cette espèce la preuve testimoniale était cependant permise par exception si on parvenait à prouver que, soit

(1) On serait tenté de ranger au nombre des hypothèses où l'écriture était exigée comme moyen de preuve plusieurs actes importants dont le nombre a varié suivant les époques de la législation romaine. Nous voulons parler du testament *per æs et libram* (G., II, § 104), des donations en général dans le droit de Constantin, et des donations excédant 500 solides dans celui de Justinien (*Frag. Vatic.*, § 249; — LL. 25, 26, 27, 34 pr., 36, § 3, C., liv. VIII, tit. LV, *De don.*), de la répudiation à l'époque de Théodore le jeune et Valentinien (L. 8 pr., C., liv. V, tit. XVII, *De repud.*), et peut-être même bien avant eux (L. 43, D., liv. XLVIII, tit. V, *De leg. Jul.*), — enfin, dans le droit de Justinien, du prêt de cinq livres d'or et au-dessus (L. 47, C., liv. IV, tit. II, *Si cert. petat.*), — du mariage des personnes illustres (Nov. 74, ch. 4, *Quæ sine dotal. instr.*), — et de l'emphytéose des biens ecclésiastiques. (Nov. 120, ch. 5, *De emph. et hyp. rer. eccl.*) Mais pour tous ces actes, la constatation par écrit était imposée, non pas seulement *ad probationem*, mais plus encore *ad solemnitatem* et comme élément constitutif. A ce point de vue, qui, nous le répétons, est le principal, ils n'ont pas de rapport avec notre sujet. Aussi croyons-nous préférable de ne pas les mentionner au texte.

par la volonté des parties, soit par l'événement d'un partage, les limites avaient été postérieurement modifiées (L. 2, C., liv. III, tit. XXXIX, *Fin. regund.*; — L. 11, D., liv. X, tit. I. *Fin. regund.*);

3° Lorsque la prétention déduite en justice émanait du fisc. (*Sent. de Paul*, liv. V, tit. XII, *De jur. fisci*, § 11.) — La preuve devait être administrée par titre authentique et à l'aide de l'original même du titre, de telle sorte que non seulement les témoins, mais encore les simples copies auraient été repoussées;

4° Lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, pour amener un tiers de bonne foi à contracter avec lui, avait fait serment qu'il était majeur, et qu'ensuite, la convention ayant été passée, il voulait prouver, afin d'obtenir l'*in integrum restitutio*, qu'au moment où il s'était engagé il était bien mineur. « *Non ignorare debes*, porte une constitution de Dioclétien et Maximien, *exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum probatione, NON PER TESTIUM DEPOSITIONES, le fuisse minorem ostenderis* » (L. 3, C., liv. II, tit. XLIII, *Si min. se maj. dix.*);

5° Dans le cas où un tuteur aurait voulu prouver la consistance de la fortune de son pupille à l'encontre de l'inventaire dressé par lui-même. La question de savoir si la preuve résultant de l'inventaire pouvait être combattue par d'autres moyens avait été discutée jusqu'à Justinien. Ce fut cet empereur qui décida « *non esse aliud inspiciendum nisi hoc quod inscripserit et secundum vires ejusdem scripturæ patrimonium pupilli, vel adulti exigi* ». (L. 15, C., liv. V, tit. LI, *Arb. tutel.*)

33. — De même la production d'actes écrits devint indispensable pour prouver :

1° La légitimation par oblation à la curie (*Inst.*, liv. I, tit. X, § 13, *De nupt.*; — L. 3, C., liv. V, tit. XXVII, *De natur. lib.*), par mariage subséquent (LL. 10 et 11, C.,

liv. V, tit. XXVII, *De natur. lib.*), par rescrit du prince (Nov. 74, ch. 1 et 2);

2° L'adoption devant le magistrat (L. 11, C., liv. VIII, tit. XLVIII, *De adopt.*);

3° L'adrogation par rescrit du prince (L. 2, C., liv. VIII, tit. XLIX, *De adopt.*);

4° L'émancipation anastasienne (L. 5, C., liv. VIII, tit. XLVIII, *De emancip.*);

5° L'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*. (L. 1, C., liv. I, tit. XIII, *De his qui in eccl.*) (1).

Un dernier point nous reste à examiner. Parmi les faits qui ne pourraient être prouvés qu'à l'aide d'écrits on range souvent l'ingénuité et l'on fonde cette opinion sur la loi 2, C., liv. IV, tit. XX, *De testib.*, ainsi conçue : « *Si tibi controversia ingenuitatis fiat defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* » C'est bien, il faut le reconnaître, la version qu'à première vue semblent imposer les derniers mots du texte : *soli enim testes... non sufficiunt*. Cependant tel n'était pas l'avis de Doneau, qui attribuait à la loi 2, *De testib.*, un sens beaucoup plus large, en la paraphrasant de la manière suivante : « Les témoins sont un moyen de preuve légal, tu pourras les employer; mais s'ils te manquent, tu pourras les remplacer par des actes écrits (2), » et, pour notre part, nous croyons préférable cette

(1) Pour tous les actes ou faits juridiques énumérés aux nos 32 et 33, le témoignage était-il reçu dès que l'on prouvait la perte du titre écrit? En d'autres termes, pouvait-on invoquer le bénéfice de la L. 11, liv. IV., tit. XXI, *De fide instrum.*? Cela devait dépendre des circonstances et surtout des raisons qui avaient dicté l'exclusion de la preuve testimoniale.

(2) « Sententia vera rescripti hæc est. Non debere Carpum (celui dont l'état « est contesté) laborare in probatione etiamsi testibus deficiatur. Jubetur igitur defendere causam instrumentis et argumentis, testes desiderare cum non « debere quoniam testibus res probantur, sed non solis. Et verba hæc sunt: *soli « et enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.*... — Dicendum « est... ita accipiendam esse orationem, quasi ita scriptum esset: *Non soli « enim testes ad ingenuitatis probationem sufficiunt;* — ut sit sensus, *si testes « haberes, Carpe, et iis uteris, ii sufficerent ad ingenuitatis probationem.* — « Testes enim ad fidem faciendam sufficiunt, sed non soli. Itaque defende « causam tuam instrumentis, aut argumentis, et nihilominus vinces sine testibus. » (Hugon. Donelli. *Comment in Codic.*, ad tit. XX, lib. IV, L., *Si tibi.*)

dernière explication. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (*suprà*, n° 31), même lorsque Marc-Aurèle eut organisé les *professiones natalium*, on permit d'établir par témoins l'état civil des personnes, et cela sans doute parce que les registres publics, constatant cet état, n'étaient pas assez régulièrement tenus pour qu'on en vint à écarter la preuve testimoniale. En outre, l'opinion de Doneau se trouve implicitement confirmée par une constitution très claire de Dioclétien et Maximien (L. 6, C., liv. IV, tit. XXI, *De fide instrum.*), qui dispose : « *Statum tuum, natali professione perditum, mutilatum non esse, certi juris est.* » (*Adde* : L. 9, C., liv. V, tit. IV, *De nuptiis*, précitée.)

34. — 3^e Question. — La preuve résultant d'un titre écrit peut-elle être combattue par témoins ? — A cet égard le système admis par la législation romaine est des plus simples : il repose sur un principe général auquel viennent déroger quelques exceptions. Le principe, nous le trouvons formulé dans la loi 15 de Constantin, C., liv. IV, tit. XXI, *De fide instrum* : « *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* » Une égale force probante est donc reconnue aux actes écrits et aux dépositions des témoins, et nous en concluons qu'ils peuvent être invoqués les uns à l'encontre des autres. Quant aux exceptions, nous les avons déjà rencontrées en parcourant les différentes hypothèses où les écrits étaient seuls admis comme moyens de preuve. Une dernière résulte d'un passage des *Sentences* de Paul (§ 4, liv. V, tit. XV), aux termes duquel « on ne peut faire entendre des témoins contre un acte écrit, lorsque la sincérité de cet acte n'est pas mise en doute (1) ». Mais la règle posée par la loi *in exer-*

(1) La distinction faite par le texte de Paul ne peut guère se justifier rationnellement dans une législation qui consacre comme principe la liberté de la preuve. Aussi nous serions portés à ne voir dans le § 4, liv. V, tit. XV des *Sentences*, qu'une doctrine particulière au jurisconsulte Paul. A l'appui de cette opinion, la loi 18, C., liv. IV, tit. XX, *De testib.*, nous fournit un argument très sérieux. Elle décide en effet que le payement d'une obligation constatée par écrit ne pourra se prouver à défaut d'écrit que par cinq témoins d'une réputation irréprochable et prêts à jurer que le payement a été fait devant eux. Or,

cendis n'en subsiste pas moins : elle est même confirmée, puisqu'en réalité le texte de Paul implique jusqu'à un certain point que, pour tous les cas autres que celui qu'il vise, la preuve tirée d'un acte écrit peut être valablement contredite par des témoignages oraux. — Au surplus, il suffirait de comparer le langage de nos deux textes pour se convaincre que le premier pose un principe, tandis que le second ne fait que déroger à une règle sous-entendue.

35. — Reste à savoir si le système que nous soutenons, et qui concorde parfaitement avec la théorie générale de la preuve en droit romain, n'est pas infirmé par certaines lois du Code et des Novelles sur lesquelles plusieurs commentateurs ont cru pouvoir s'appuyer pour enseigner, soit que les témoins prévalaient sur les écrits, soit, au contraire, que les écrits l'emportaient sur les témoignages (1). Voici en quels termes s'expriment ces lois, ou plutôt en quels termes on les cite ordinairement :

« *Nos quidem existimavimus ea quæ viva voce dicuntur et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere.* » (Nov. 73, *De instrum. caul. et fide*, ch. III.) ;

« *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.* » (L. 1, C., liv. IV, tit. XX, *De testib.*)

Ainsi présentés, ces deux fragments jettent sur la question la plus grande obscurité ; car, non seulement ils battent en brèche la solution que nous avons adoptée, mais de plus les idées qu'ils renferment sont l'exacte contradiction l'une de

en statuant ainsi, Justinien semble bien modifier dans le sens de la rigueur une pratique établie, et consistant à accepter sans restriction pour la même hypothèse la preuve testimoniale, puisqu'il commence par nous dire : *testium facilitatem... resecantes*. — Quant à la distinction proposée par Paul, le droit de Justinien la restreint singulièrement, pour ne l'appliquer en définitive que dans un seul cas, celui où l'on prétend, non que l'obligation constatée par écrit est éteinte, mais qu'elle n'a jamais existé faute de cause, bien que la cause soit relatée dans la *cautio*. (L. 25, § 4, D., *De prob.*) Ramenée à ces proportions, elle répond sans doute à la même idée qui inspira la loi 14, C., liv. VIII, tit. XXXVIII, *De contr. et committ. stip.*, rappelée par les Institutes (Liv. III, tit. XIX, § 12, *De inutil. stip.*)

(1) La question de l'autorité respective des preuves littérale et testimoniale en droit romain n'a pas donné lieu à moins de cinq systèmes dans le détail desquels nous croyons inutile d'entrer. (V. Dissertation de M. Derome, *Revue de Législ.*, 1849, t. I, p. 291-308.)

l'autre. Fort heureusement la difficulté n'est qu'apparente : la Novelle 73, ch. 3, et la loi 1^{re}, au Code, *De testibus*, n'ont pas le moindre rapport avec la question qui nous occupe et, pour les faire intervenir dans le débat, il faut dénaturer leur sens et leur attribuer une portée qu'elles n'avaient certainement pas dans la pensée de leurs auteurs.—En effet, de quoi s'agit-il dans le chap. 3 de la Nov. 73 ? D'une pièce écrite que l'expertise, *collatio litterarum*, déclare fausse bien qu'elle soit reconnue par les témoins qui l'ont signée. Or, l'affirmation des experts mérite-t-elle plus de crédit que celle des témoins ? Justinien répond : « *Existimavimus ea quæ viva voce dicuntur et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam* (1). » Le texte ne suppose donc nullement un conflit entre la preuve littérale et la preuve testimoniale ; il se borne à prévoir une espèce exceptionnelle pour laquelle l'empereur propose une solution ; et même, étant donné le caractère spécial de l'hypothèse, il entend si peu imposer sa manière de voir qu'il ajoute immédiatement : « *Verumtamen ut hoc judicantis prudentiæ simul atque religionis ut veracibus potius prot alibus credat.* »

Quant à la loi 1, C., *De testibus*, elle ne doit guère, plus nous embarrasser. Tout d'abord, restituée dans le Code d'après une constitution des Basiliques (XXI, I, 25), elle pourrait fort bien émaner, non d'Antonin, comme le prétend Cujas (*Observ.*, XIII, 38), mais d'un prince postérieur à Justinien ; dans ce cas, eût-elle le sens que paraît comporter la lecture latine, elle ne serait pour nous d'aucun intérêt. — En second lieu, et si on admet qu'elle appartient réellement à une époque antérieure à celle de Justinien, a-t-elle pour objet de statuer sur la valeur respective des écrits et des témoignages ? Nous ne le croyons pas. Car l'expression *scriptum testimo-*

(1) Le sens quelque peu obscur de ces mots *quam scripturam* est éclairé par le ch. 4 de la même Novelle : . . . « *Videmus tamen naturam ejus crebro egenlem rei examinatione, quando litterarum dissimilitudinem sæpe quidem tempus facit, non enim ita quis scribit juvenis et robustus, ac senex et forte tremens, sæpe autem et languor hoc facit : et quidem hoc dicimus, quando calami et atramenti immutatio, similitudinis per omnia aufert puritatem.* . . . »

nium ne signifie pas exclusivement acte écrit, *instrumentum* : elle peut encore se traduire par *déposition écrite*, et cette traduction s'impose dans notre loi. Tel est en effet le sens unique des mots ἑγγράφως μαρτύρια, que porte le texte original grec, tandis qu'il devrait employer le terme σφραγισμένον s'il voulait parler d'un titre écrit. Dès lors la loi 1, C., *De testibus*, déciderait seulement que les témoins ne doivent pas être admis à démentir de vive voix leurs dépositions écrites, — elle établirait une assimilation complète, au point de vue de la force probante, entre les témoignages recueillis à l'aide des commissions rogatoires, par exemple (*suprà*, n° 25), et les dépositions orales faites à l'audience; mais par là même, pas plus que la Nouvelle 73, elle ne saurait porter atteinte à la règle : « *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* »

CHAPITRE II

De l'aveu judiciaire (1).

36. — Nous n'avons rangé l'aveu judiciaire (*confessio*) au nombre des moyens de preuve que pour nous conformer à une habitude prise depuis longtemps par tous les commentateurs, et si puissante qu'elle s'est en quelque sorte imposée, peut-être à leur insu, aux rédacteurs de notre Code civil. Mais, avant d'aborder cette nouvelle matière, qu'il nous soit permis, dans un intérêt de méthode, d'élever contre la classification admise deux graves reproches : elle méconnaît la véritable nature, le caractère juridique de l'aveu judiciaire, et de plus elle ne tient aucun compte de la manière de voir toute différente des jurisconsultes romains. Il

(1) On appelle *aveu judiciaire* l'aveu qui intervient au cours d'une instance, soit devant le magistrat (*in jure*), soit devant le juge (*in judicio*), — et *aveu extra-judiciaire* celui qui est fait hors de la présence du juge ou du magistrat. Le premier seul doit nous occuper. En effet, lorsqu'on veut invoquer en justice un aveu extra-judiciaire, de deux choses l'une : ou bien l'aveu est contesté : dans ce cas, il doit être prouvé comme tout autre fait intéressant le débat et l'on tombe dans la preuve testimoniale ou dans la preuve écrite ; — ou bien l'aveu est reconnu, et dès lors il se transforme en aveu judiciaire.

est facile d'établir le bien-fondé de notre critique. Tout d'abord, faire de l'aveu un moyen de preuve, c'est méconnaître, disons-nous, son véritable caractère. En effet, l'aveu judiciaire, dans sa définition la plus exacte, est la déclaration par laquelle une partie reconnaît la vérité d'un fait allégué par son adversaire. Or, il ne peut être question de moyens de preuve que lorsque la prétention déduite en justice est contestée : ici, au contraire, elle est tenue pour avérée par celui-là même qui aurait intérêt à la combattre; aveu et moyen de preuve sont donc deux termes inconciliables entre eux. — Quant au second reproche, les textes se chargent de le justifier. Ils nous montrent aussi clairement que possible que, loin d'être assimilé à un simple mode de preuve, l'aveu, en droit romain, constituait la preuve elle-même, la preuve acquise, complète, entraînant une solution du litige imposée par la loi au juge et que celui-ci devait se borner à constater. Telle est l'idée qu'exprime notamment; la loi des XII Tables : « *Æris confessi, rebusque jure judicatis, triginta dies justi sunt* » (Tab. III, § 1), et le fragment 3, *in f.*, Dig., liv. XLII, tit. II, *De confessis* : « *Confessus pro judicato habetur.* » — D'ailleurs, comment expliquer autrement la place occupée au Digeste et au Code par le titre *De confessis*? Dans ces deux recueils, les titres spécialement consacrés à la matière des preuves (Dig., liv. XXII, tit. III, IV, V; — Code, liv. IV, tit. XIX, XX, XXI) ne contiennent aucune mention, aucune allusion même, relatives aux règles concernant l'aveu; tandis que ces règles sont exposées, au Digeste, dans le tit. II du liv. XLII, et au Code, dans le tit. LIX du liv. VII, c'est-à-dire immédiatement à la suite des titres *De re judicata*. L'ordre suivi par les commissaires de Justinien serait bien peu rationnel, s'il ne répondait pas à l'idée que la *confessio* est l'équivalent de la *res judicata* (1), et que, dès que l'on traite de la manière dont les procès

(1) Ce devait être également l'opinion de Paul. Dans ses *Sentences*, les quelques paragraphes consacrés à l'aveu appartiennent au titre « De effectibus sententiarum et finibus litium ». (Liv. V, tit. V, 4, §§ 2 et s.)

prennent fin, il faut placer à côté de la sentence du juge l'aveu de la partie, puisque l'un et l'autre se traduisent en fait par une condamnation (1). — Sous le bénéfice de cette observation, l'aveu rentre dans le cadre de notre étude, sinon comme moyen de preuve (2), du moins comme intéressant au plus haut degré l'organisation générale de la preuve (3).

37. — Nous avons défini l'aveu : la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Cette déclaration pouvait se produire soit verbalement, soit par écrit. (Paul, *Sent.*, liv. V, tit. V, A., § 3, *De effectu sent.*) Mais il est peu probable qu'on assimilât en règle générale à un aveu le simple défaut de dénégation du fait articulé. « *Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.* » (L. 142, Dig., liv. L, tit. XVII, *De div. reg. jur.*) Il est seulement permis de conjecturer que ce dernier point devait être laissé à l'appréciation du juge : le texte tiré des *Sentences* de Paul prête en effet à cette interprétation : « *Confiteri quis*

(1) Nous employons le mot *condamnation* dans son sens le plus général comprenant par suite même le fait pour le demandeur d'être débouté de sa demande.

(2) Il ne serait possible de compter l'aveu parmi les moyens de preuve que si on l'envisageait en théorie pure, abstraction faite de ses conséquences légales. Ainsi ramené à sa plus simple expression, l'aveu n'est, en effet, autre chose que le témoignage d'un plaideur contre sa propre cause. Ce point de vue n'avait pas échappé aux juriconsultes romains, comme le montre la loi 13, *in f.*, Code, liv. IV, tit. XXX, *De non num. pec.* : « *Nimis enim indignum esse judicamus quod sua quisque voce dilucido protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* » Mais, dénué de tout intérêt pratique, ils ne le font intervenir que pour y puiser un argument de plus contre la révocabilité de l'aveu. — En droit français rien ne le rappelle et nous ne pensons pas qu'il ait plus d'importance dans les autres législations modernes. Seule, à notre connaissance, la loi anglaise présente une hypothèse dans laquelle l'unique explication à donner de la règle en vigueur est que le législateur a dû traiter l'aveu comme une modalité du témoignage. Aux termes de l'art. 17 du *Statute of Transds* de Charles II, les ventes de biens mobiliers, pour un prix supérieur à 10 liv. sterl., sont soumises à certains modes de preuve déterminés, au nombre desquels ne figure pas la preuve par témoins, et dont ne peut dispenser même l'aveu de la partie. Prohiber le témoignage, parce qu'il facilite la fraude, et l'écartier même lorsqu'il émane de l'un des plaideurs, tel est le but que poursuit le statut de Charles II en refusant à l'aveu, dans l'hypothèse spéciale qu'il prévoit, sa force probante ordinaire.

(3) Nous entendons par *preuve* (*hoc sensu*) l'ensemble des éléments à l'aide desquels une partie établira la vérité de ses allégations.

in judicio non tantum suâ voce, sed et litteris, et quocumque modo potest, » et de plus nous savons que dans la *cessio in jure* le silence du défendeur à la revendication fictive était considéré comme équivalant à un aveu et entraînait l'*addictio* : « *Deinde, postquam hic vindicaverit, prætor interrogat eum qui cedit, an contrà vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit.* » (Gaius, II, § 24.) (1).

38. — L'aveu n'était valable qu'à certaines conditions; il fallait :

1° Qu'il émanât d'une personne pleinement capable. Ainsi l'aveu fait par un pupille sans l'*auctoritas* du tuteur était réputé non avenü, et de la part d'un mineur de 25 ans il pouvait donner lieu à la *restitutio* (L. 6, § 5, Dig., *De confessis*);

2° Qu'il émanât de la personne elle-même (L. 6, § 4, Dig., *eod. tit.*); d'ailleurs, fait par un avocat en présence de son client, il avait la même valeur que s'il avait été fait directement par le plaideur (L. 1, C., liv. II, tit. X, *De err. advocat.*);

3° Qu'il eût lieu devant un juge compétent (argt., L. 22, Dig., liv. XI, tit. I, *De interrog. in jus.* — Voy. également Cujas, *Paratilla in lib. VII*, Cod., n° 59);

4° Qu'il fût fait en présence de la partie adverse ou de son représentant (L. 6, § 3, Dig., *De confessis.* — Paul, *Sent.*, liv. V, tit. V, A, § 6);

5° Qu'il ne portât pas sur un rapport juridique touchant à l'ordre public. Par exemple, un homme libre n'aurait pu, en avouant qu'il était esclave, porter préjudice à l'*assertio libertatis* (LL. 24 et 39, C., liv. VII, tit. XVI, *De liber. causâ.*)

39. — Ces conditions réunies, le *confessus* était invinciblement lié par son aveu; il ne pouvait le rétracter. Sur ce premier point une opinion, qui a cours surtout en Allemagne, commet une singulière confusion. Nous la trouvons

(1) De même on considérait comme aveu tacite le fait de la part d'un plaideur de refuser de prêter ou de référer le serment qui lui était déféré : « *Confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre...* » (L. 28, Dig., liv. XI, tit. II, *De jurejur.* — Addé : L. 34, § VII, *eod. tit.*)

reproduite et adoptée par M. Jhering, dans son ouvrage *De l'Esprit du Droit romain*. — Voici en quels termes s'exprime à ce sujet le savant auteur : « Lorsqu'au début du procès le « défendeur faisait spontanément un aveu devant le préteur « (*in jure*), cet aveu, quelque important qu'il fût pour le de- « mandeur, ne pouvait jamais valoir comme *confessio in* « *jure*. — L'aveu devait être sollicité (*interrogatio in jure*). « — Cela résulte de la manière dont s'exprime Ulpien, dans « la loi 9 (*De interr.*, XI, 1) : « *Si sine interrogatione quis* « *responderit se heredem, pro interrogato habetur*. » — La « raison en est que l'aveu, comme tel, ne crée aucun rapport « entre défendeur et demandeur ; pour que ce rapport existe « entre le défendeur et un demandeur déterminé, il faut que « ce dernier provoque l'aveu par une action directe de sa part. « Cette action prend la forme d'une demande. Dans ce cas, « l'aveu s'adresse au demandeur, il est fait non plus seule- « ment *in rem*, mais *in personam* (1). » — La *confessio* n'aurait donc été valable et n'aurait lié le défendeur à l'égard du demandeur qu'autant qu'elle aurait été sollicitée par une *interrogatio in jure*. Or, il y a là, à notre avis, une véritable confusion qui repose à la fois sur une erreur chronologique et sur une généralisation irréfléchie.

L'erreur chronologique consiste à présenter comme subsistant à toutes les époques de la législation romaine un procédé disparu depuis la première moitié de la période classique. En effet, s'il est vrai que dans l'ancien droit l'aveu était provoqué au moyen d'une *interrogatio in jure* et que, une fois obtenu, il donnait lieu à la délivrance d'une action *interrogatoria*, qui vraisemblablement avait pour but l'estimation du litige, il est non moins établi que dans le dernier état de la jurisprudence classique on n'admettait plus *in jure* les *interrogationes* portant sur le fond du droit. (L. 1, § 1, Dig., liv. XI, tit. I, *De interr. in jur.*) (2). — D'autre part,

(1) Traduct. de M. Meulnaère, t. III, p. 294.

(2) Rien ne prouve en outre qu'il n'y eût de valable, même pendant la première période, que l'aveu obtenu à l'aide d'une *interrogatio*.

si la pratique des *interrogationes in jure* se maintient jusqu'à la disparition du *judiciorum ordo*, et si, même sous la procédure extraordinaire, on constate l'intervention d'*interrogationes* au début de l'instance, leur objet est bien différent de celui que leur attribue la doctrine que nous combattons. Instituées originairement par le préteur dans le seul but d'arriver à obtenir du défendeur une déclaration sur sa qualité d'héritier (L. 2, Dig., *De interrog. in jure*) (1), elles ne servent qu'à la préparation du *judicium* et tout leur effet est de permettre au demandeur de s'assurer, afin de ne pas intenter inutilement l'action et d'éviter les suites fâcheuses de la *plus petitio* (L. 1 pr., D., *hoc tit.*) : 1° que la personne qu'il poursuit par la *condictio certi* comme héritier de son débiteur a bien effectivement cette qualité ; 2° de la part pour laquelle elle succède. (LL. 2, 3, 4 pr., 5, 6, 9, §§ 5, et 7 ; — L. 11, §§ 1, 2, 3, *hoc tit.*) — Même lorsque la jurisprudence les aura étendues à d'autres hypothèses, les *interrogationes* ne sortiront pas de la sphère des questions préjudicielles : ainsi nous voyons dans l'action noxale et dans l'action *de pauperie*, le demandeur interroger son adversaire pour savoir s'il a la *potestas* sur le fils ou l'esclave qui a commis le délit, s'il est propriétaire de l'animal qui a causé le dommage (LL. 7, 8, 15, Dig., *De interr. in jure*) ; — dans l'action en revendication, le revendicant interroger le défendeur sur la question de savoir s'il possède vraiment et pour quelle portion (L. 20, § 1, Dig., *De interr. in jure* ; — L. 80, Dig., liv. VI, tit. I, *De rei vind.*), — et celui qui prétend exiger d'un voisin la *cautio damni infecti*, lui poser d'abord la question : *an ædes ejus vel locus sit ex quo damnum timeatur et pro qua parte?* (LL. 10 et 20, § 2, Dig., *De interr. in j.*) (2). — Sans doute par le moyen de ces interrogations

(1) « Edictum de interrogationibus ideo prætor proposuit, quia sciebat difficile esse ei qui heredem, bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem, bonorumve possessorem. » — Adde : L. 9, § 6, eod. : « Summatim igitur prætor cognoscere debebit, cum quærat, an quis respondere debeat quo jure heres sit : ut, si valde interesse compererit, plenius responderi jubeat ; quæ obtinere debent non solum in heredibus sed etiam in honorariis successoribus. »

(2) L'*interrogatio in jure* peut également avoir pour but, non seulement de

on obtient des réponses que l'on peut appeler aveux et qui, même mensongères, lient celui qui les a faites (1), (L. 4, L. 6, § 1, L. 11, §§ 1, 2, 4, 7; — L. 8, L. 20 pr., *eod. tit.*) Mais ces réponses, de même que les interrogations qui les motivent, restent absolument étrangères au fait qui constitue le fond du procès, le fondement de l'action, et par suite ne rentrent pas dans le domaine de la *confessio in jure* proprement dite. Je vous crois l'héritier de mon débiteur Titius; mais, avant de poursuivre contre vous ma créance et de me faire délivrer la formule d'action, je vous demande : Êtes-vous réellement l'héritier de Titius? Votre réponse est affirmative; le magistrat va m'accorder la formule et désormais vous êtes lié à l'instance, vous ne pourrez plus vous en dégager, même en prouvant que vous n'êtes pas l'héritier de mon débiteur. Voilà l'application de l'*interrogatio in jure*, et c'est uniquement d'hypothèses analogues que s'occupe le titre *De interrog. in jure fac.*, au Digeste. — Puis, lorsqu'il s'agit de rédiger la formule et d'établir, par exemple, mon *intentio* contradictoirement avec mon adversaire, celui-ci en vient à reconnaître, peut-être involontairement, que je suis bien créancier de son auteur Titius : voilà la *confessio in jure*; elle seule porte sur le fond du procès, elle seule peut équivaloir au jugement de condamnation. A-t-elle été amenée par l'*interrogatio* du demandeur? Pas le moins du monde, et nous ajouterons même que c'est ressusciter un formalisme démodé que de prétendre qu'un tel aveu ne doit pas profiter au demandeur, *parce qu'il n'a pas été provoqué par une interrogatio in jure*. D'ailleurs, sur quel texte s'appuie cette doctrine? Sur la loi 9 d'Ulpien (*De interr. in j.*): « *Si sine in-*

rendre possible l'action, mais aussi de rendre certaine l'exécution de la condamnation à intervenir. Il en est ainsi lorsqu'elle porte sur la question de savoir si le défendant a un pécule et à quelle valeur il se monte. (L. 9, § 8, *De interr. in j.*; — L. 30 pr., D.; liv. XV, tit. I, *De pecul.*; — L. 7, § 15, D., liv. XLII, tit. IV, *Quib. ex caus. in poss.*)

(1) Sous la condition toutefois que l'adversaire les accepte. En effet, lorsque la réponse à l'interrogation était mensongère, le demandeur était maître de la repousser, s'il y avait intérêt, et même de recommencer tout le procès, si la condamnation avait été déjà prononcée au moment où la fraude se découvrait. (L. 18, D., *De interr. in j.*)

interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogato habetur. » — Mais, outre que cette loi se réfère, elle aussi, comme toutes celles qui la précèdent, aux préliminaires de l'action, ne montre-t-elle pas que, même dans ce cas, dès que le défendeur reconnaît spontanément sa qualité d'héritier, comme il pourrait reconnaître soit sa qualité de possesseur, soit sa qualité de propriétaire de l'immeuble menaçant ruine, ou de l'esclave auteur d'un dommage, l'*interrogatio in jure* devient inutile? Comment donc trouver dans ce texte un argument pour soutenir que l'aveu sur l'objet principal de la demande, s'il est fait spontanément devant le magistrat, ne peut jamais valoir comme *confessio in jure*, « parce que l'aveu comme tel ne créerait aucun rapport entre demandeur et défendeur »? — Nous avouons ne plus comprendre, ou du moins ne comprendre que ceci : qu'il y a là une généralisation inconsidérée, produisant une confusion analogue à celle qui consisterait à soutenir, en droit français, que l'aveu de l'art. 1354 C. civ. doit, pour être valable, avoir été sollicité par un interrogatoire sur faits et articles.

40. — En résumé : 1° la *confessio*, qu'elle soit faite *in jure* ou *in judicio* (entre ces deux sortes d'aveux, comme nous allons le voir, il n'y a de différence qu'au point de vue des effets immédiats) peut être invoquée par la partie à laquelle elle profite et produit un plein effet, dès que les conditions précédemment énumérées au n° 38 se trouvent remplies et qu'il a été possible de constater la déclaration. Si dans l'ancienne législation romaine la *confessio in jure* était provoquée par des *interrogationes in jure*, rien d'indique que même à cet époque l'*interrogatio* fût indispensable à la validité de l'aveu, et d'autre part tout prouve, sans compter la disparition des *actiones interrogatoriæ*, que, en ce qui concerne l'aveu portant sur le fond du droit, la pratique de l'*interrogatio in jure* fût remplacée par une jurisprudence moins exclusive et plus rationnelle ; — 2° la *confessio* une fois obtenue est irrévocable (Paul, *Sent.*, liv. V, titre V, A, § 5) ; elle ne pourrait être rétractée que s'il y avait de la part de

son auteur erreur de fait. (L. 2, Dig., *De confessis*; — L. 7, C., liv. I, tit. XVIII, *De jur. et facti ignor.*) (1). Quant à l'erreur de droit, elle laisse à l'aveu toute sa valeur. Ainsi, pour nous servir de l'exemple donné par Cujas, si un héritier admet l'existence des legs qui lui sont réclamés et promet de les payer en entier, alors qu'il ignore l'existence d'un testament qui lui enlève une partie des biens, il n'est pas tenu par son aveu. Mais si l'erreur de l'héritier consistait à ne pas savoir que la loi Falcidie lui permettait de retenir le quart de la succession, il devra exécuter la promesse qu'il a faite de payer les legs *insolidum*. (Cujas. *Paratitla in libr. VII*, Codic., n° 59.)

41. — Le *confessus*, irrévocablement tenu par son aveu, était réputé *judicatus* (*confessus pro judicato habetur*. L. 3, *in fine*, D., *De confess.*), condamné en quelque sorte par sa propre sentence « *confessus pro judicato est, qui quodammodo suâ sententiâ damnatur* ». (L. 1, Dig., *De confess.*) — Mais cette règle doit être différemment comprise suivant les cas dans lesquels elle s'applique, et suivant l'époque à laquelle on se place (2). — Étudions-la d'abord dans la procédure formulaire.

Si l'aveu a lieu *in jure*, et porte sur une somme d'argent déterminée, il rend inutile la délivrance de toute formule d'action : l'aveu, constaté par le magistrat, entraîne condamnation pour le défendeur, et celui-ci doit s'exécuter dans le délai accordé pour l'acquiescement des condamnations judiciaires. (L. 6, § 6, *De confess.*; — Paul, *Sent.*, liv. V, tit. V, A, § 2.) (3). — Au contraire, dès que l'aveu porte sur autre chose qu'une somme d'argent déterminée, le défendeur est

(1) Il en serait de même pour la réponse faite à l'*interrogatio in jure* préliminaire à l'instance. (L. 11, §§ 10 et 11, D., *De interr. in j. fac.*)

(2) Ce que nous disons ne doit s'entendre que de l'aveu fait par le défendeur. Car il est évident que l'aveu émanant du demandeur ne peut produire qu'un seul effet, le faire débouter de sa demande.

(3) Sous la procédure des *legis actiones*, l'aveu *in jure*, dès qu'il porte sur une somme d'argent déterminée (*æris confessus*), autorise, de la part du créancier, le recours à la *manus injectio*, si le débiteur *confessus* ne s'est pas libéré dans un délai de trente jours à partir de l'aveu. (*Lex XII Tables.*, t. III, n° 4; *cbn.*, avec Gaius, IV, § 21.)

bien considéré comme *judicatus* (1), en ce sens que le droit invoqué par la demande sera désormais acquis et prouvé; mais il ne sera pas *damnatus*, car la condamnation ne peut avoir pour objet qu'un *æs certum*. Aussi le préteur va-t-il délivrer au demandeur une formule, non plus celle de l'action qu'il prétendait introduire originairement, mais une formule d'action dite *confessoria* (2), avec laquelle les parties se rendront devant le juge, dont l'office se bornera à liquider, à estimer en argent le droit reconnu *in jure*. (L. 23, § 11; — L. 25, §§ 1 et 2; — L. 26, Dig., liv. IX, tit. II, *Ad leg. Aquil.*) — Au reste, si la prétention du demandeur, en supposant qu'il ne fût pas intervenu d'aveu *in jure*, devait donner lieu à une action arbitraire, l'action *confessoria* prend elle-même ce caractère. En effet, la *confessio in jure* est assimilée dans cette hypothèse au premier jugement qui, avec une action *arbitraria* ordinaire, serait venu reconnaître le bien fondé de l'*intentio*; de sorte que le juge n'aura à liquider et à prononcer la condamnation pécuniaire à laquelle le demandeur a droit que si le défendeur ne satisfait pas à la clause *nisi restituat* insérée dans la formule de l'action *confessoria* (L. 6, § 2, D., *De confess.*): « *Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem; et, si non restituatur, lis æstimabitur.* » (3).

(1) La L. 6 pr., D., *De confess.*: « *Certum confessus pro judicato erit; INCERTUM NON ERIT* », paraît, à première lecture, contraire à cette interprétation. Mais dans ce texte le mot *judicatus* est synonyme de *damnatus*.

(2) L'action *confessoria* remplace les anciennes actions *interrogatoriæ*, dont nous avons parlé *suprà*.

(3) Ne serait-il pas possible d'aller plus loin? — Le texte cité (*adde*: L. 56, D., liv. XLII, tit. I, *De re judic.*) fait allusion à un sénatusconsulte de Marc-Aurèle, qui aurait, semble-t-il, apporté certaines innovations en matière d'aveu. Or, qu'elle fut l'importance de ce sénatusconsulte? Il est assez difficile de répondre. On peut conjecturer cependant qu'il vint reconnaître à l'aveu la même force de chose jugée dans toutes les actions en matière privée et d'intérêt, alors qu'auparavant, et conformément à la lettre même de la Loi des XII Tables, le *confessus* n'aurait jamais été tenu pour *judicatus* en dehors des dettes d'argent. De sorte que l'innovation de Marc-Aurèle aurait eu pour effet de permettre au défendeur d'éviter après son aveu la *litis æstimatio*, en donnant satisfaction au demandeur dans le délai accordé pour l'exécution des condamnations. Si cette explication est vraie, une des conséquences de la *confessio* aurait été de transformer, au moins au point de vue des résultats, en actions arbitraires, toutes les actions dans lesquelles elle serait intervenue.

Fait *in judicio*, l'aveu a la même force que fait *in jure*; — mais il n'entraîne plus aucune modification dans la marche de la procédure : l'exactitude de la demande, se trouvant vérifiée par la déclaration du défendeur, comme elle le serait par l'investigation du juge lui-même, la condamnation s'ensuit nécessairement.

— Si maintenant nous nous plaçons à l'époque de la procédure extraordinaire, 1^o par la force même des choses, nous ne trouvons plus de différence entre la *confessio in jure* et la *confessio in judicio*, puisque l'*ordo judiciorum* a disparu; si les termes *confessio in jure* sont encore en usage, ils ne peuvent plus désigner que l'aveu survenu avant la *litis contestatio*; — 2^o la règle *confessus pro judicato habetur* présente désormais un sens unique, savoir : l'assimilation du *confessus* à un condamné, que l'aveu ait pour objet une somme d'argent déterminée ou toute autre chose, car la condamnation *ad ipsam rem* est devenue générale avec la suppression de la formule. On exige bien encore que la *confessio* porte sur une *res certa* (L. 6 pr., D., *De confess.*); mais on entend seulement par là que l'aveu ne doit pas avoir un objet indéterminé et que l'on ne saurait assimiler à une condamnation le fait d'avouer, par exemple, « *Stichum vel fundum dare se oportere* ». (L. 6, § 1, Dig., *De confess.*)

42. — L'aveu peut être simple, c'est-à-dire ne contenir que la reconnaissance du fait allégué. Mais il se peut également que l'aveu contienne, en même temps que la reconnaissance du fait principal, des déclarations modifiant les effets de cette reconnaissance, ou même la détruisant complètement. Dans ce cas, celui qui voulait invoquer l'aveu à son profit pouvait-il le scinder, pour y retenir ce qui était à son avantage et rejeter ce qui lui était contraire; en d'autres termes, le droit romain admettait-il la divisibilité de l'aveu? Non, sans aucun doute. Aux yeux des jurisconsultes romains, l'aveu était *absolument* indivisible, à tel point que celui qui prétendait se servir de l'aveu, qu'on appellerait aujourd'hui *complexe*, devait l'accepter ou le rejeter en entier, quand bien

même le fait accessoire aurait été un fait complètement nouveau et distinct à tous égards du fait principal. Ainsi, le défendeur, tout en reconnaissant qu'il est débiteur, allègue une créance en sa faveur, qui se compenserait avec la dette avouée : le demandeur ne peut pas diviser un pareil aveu. Sur ce point, il est vrai, nous nous trouvons en désaccord, non seulement avec les commentateurs du droit romain, mais aussi avec la grande majorité des civilistes, qui presque tous invoquent le seul texte où il soit question de l'indivisibilité de l'aveu pour soutenir que la jurisprudence romaine admettait déjà l'opinion, d'ailleurs fort logique et universellement acceptée de nos jours, d'après laquelle l'aveu complexe n'est indivisible qu'autant que la déclaration accessoire qu'il renferme se rattache par un lien de continuité ou de connexité au fait principal dont elle suppose l'existence. Pour ne citer qu'un seul de ces auteurs, voici comment s'exprime à ce sujet l'éminent professeur, M. Bonnier : « Je veux bien suivre la foi de mon débiteur en ce qui concerne sa dette ; mais « je n'ai jamais eu l'intention de l'autoriser à se déclarer à « son tour mon créancier. Autrement, en pressant les conséquences du principe de l'indivisibilité, on en viendrait au point que, si la créance alléguée par le débiteur dépassait le montant de sa dette, comme il serait impossible de scinder sa déclaration, le prétendu aveu finirait par intervertir les rôles, et par rendre en dernière analyse le créancier débiteur ; ce qui est trop évidemment inadmissible. *La division était possible à Rome en pareille hypothèse.* Voici en effet l'espèce que pose la loi 26, § 2, D., *Depos.* : « *Titius Sempronius salutem : habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum : ex quibus debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis, item quos Trophimati decem, item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. Quæro an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet ? Respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam*

« *videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.* »
 « *An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epis-*
 « *tola decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem es-*
 « *timaturum.* » Cette doctrine est bien exposée par Voët...
 « etc. » (*Traité des Preuves*, 5^e édit, n° 356, p. 318.)— Nous
 croyons cependant devoir repousser cette interprétation de la
 loi 26, § 2, *Depos.* (liv. XXVI, tit. III), qui, loin de permet-
 tre, selon nous, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, la divisibi-
 lité de l'aveu, en affirme au contraire l'indivisibilité. C'est ce
 que nous allons essayer de démontrer.

43. — En premier lieu, si l'on accorde à la loi 26, § 2, le sens que nous lui refusons, il est impossible de comprendre pourquoi l'aveu de Titius ne forme pas au profit de ses créanciers une preuve complète, mais seulement un commencement de preuve, ce qu'impliquent les mots : *probationem depositarum rerum impleri posse*. — D'un autre côté, d'où tire-t-on que l'aveu du dépositaire est divisible et que les Sempronius pourront rejeter l'allégation par laquelle il se prétend lui-même leur créancier pour différentes sommes ? De cette phrase : « *Respondit, ex epistola de qua quæritur, obligationem nullam natam videri.* » Mais il s'en faut de beaucoup que, en s'exprimant ainsi, le jurisconsulte Paul veuille dire que la prétention de Titius, relative à sa créance contre les Sempronius, ne peut faire naître à la charge de ceux-ci aucune obligation. Dans cette partie de la loi, Paul ne s'occupe que de l'article de la lettre dans laquelle Titius se reconnaît, en qualité de dépositaire, débiteur de telle somme (on s'en rend compte dès que l'on rapproche la proposition : « *ex epistola obligationem quidem nullam natam videri,* » de celle qui la suit immédiatement : « *sed probationem depositarum rerum impleri posse,* » — et c'est précisément de cet article qu'il dit qu'aucune obligation ne paraît en être née. Pourquoi ? Parce que, le dépôt étant un contrat réel, un de ces contrats quire et traditione perficiuntur, il ne peut pas se former par une simple reconnaissance : la reconnaissance du dépositaire peut bien prouver, lorsqu'elle est pure et simple, que le dé-

pôt a eu lieu, mais non engendrer une obligation. Rien n'indique donc expressément dans la loi 26, § 2, que l'aveu de Titius soit divisible, puisque la phrase sur laquelle on s'appuie pour le soutenir a trait à une tout autre question. — Mais, ce premier point écarté, le texte dit-il que la reconnaissance contenue dans la lettre de Titius prouve en effet que le dépôt a eu lieu? Non. — Comme nous le remarquons dès le début, il dit seulement qu'il en résulte un *commencement* de preuve, et que les Sempronius peuvent s'en aider pour compléter la preuve dont ils ont besoin; « *sed probationem rerum depositarum impleri posse.* » — Or, par quel motif n'attribue-t-il à la reconnaissance de Titius que l'effet d'un commencement de preuve? Est-ce que le droit romain ne voyait dans les lettres missives, non déniées par ceux dont elles portaient la signature, que des commencements de preuve? Nullement. Il est au contraire très clairement établi (LL. 24 et 26, Dig., liv. XXIII, tit. V, *De pecun. constit.*) que ces lettres faisaient, comme en droit français, pleine foi des obligations qu'elles constataient. Il ne peut donc y avoir qu'une raison qui détermine le jurisconsulte Paul à décider que la lettre de Titius est insuffisante pour prouver le dépôt dont elle fait mention : c'est que la reconnaissance de ce dépôt est mêlée d'une allégation par laquelle Titius se déclare lui-même créancier des Sempronius et que ceux-ci ne peuvent accepter. — Dès lors, n'apparaît-il pas qu'au lieu de conclure de notre loi qu'un aveu portant sur deux faits non connexes était divisible, c'est précisément le contraire que l'on aurait dû en inférer? En effet, si la partie de la lettre, dans laquelle Titius se reconnaît débiteur des Sempronius à titre de dépôt, pouvait être séparée de la partie de la même lettre par laquelle Titius se présente comme leur créancier à un autre titre, les Sempronius n'auraient pas besoin d'un complément de preuve pour faire condamner Titius à leur restituer le dépôt qu'ils soutiennent lui avoir confié. Cependant la loi décide qu'une preuve ultérieure leur est nécessaire. Elle entend donc par là même que le mélange de l'allégation de la créance

de Titius à l'aveu de sa dette ôte à cet aveu la force probante qu'il aurait pleinement s'il était pur et simple; en d'autres termes, quelque défaut de connexité qu'il y ait entre les deux faits sur lesquels il porte, l'aveu n'en reste pas moins indivisible, et c'est à cette condition qu'il conserve toute sa force probante; car si les Sempronius veulent le diviser, il ne forme plus pour eux qu'un commencement de preuve, qui demande à être complété par une preuve ultérieure.

Remarquons enfin que, dans la loi 26, § 2, il ne s'agit que d'un aveu extra-judiciaire; or, si pareil aveu est indivisible sans restriction, à plus forte raison doit-il en être de même pour l'aveu judiciaire.

CHAPITRE III

Du Serment.

44. — Le caractère religieux du serment devait le désigner aux Romains *des premiers siècles* (1) comme le moyen le plus sûr d'arriver à la découverte de la vérité, et lui faire attribuer un rôle prépondérant dans l'organisation de la preuve. Telle est peut-être la seule pensée que veuille exprimer Gaius dans la loi 1, liv. XII, tit. II, D., *De jurejurando*: « *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio.* » — Ceci demande un développement.

On comprend que, se reportant à l'époque reculée où, dans la société romaine comme dans presque toutes les sociétés primitives, le sentiment religieux se retrouve à la base de chaque institution, où la préoccupation du culte et des honneurs impérieusement réclamés par la divinité est peut-être le fondement le plus solide de la famille et de l'État où, dans l'exercice de la vie publique, tout nous atteste une superstitieuse bonne foi, Montesquieu ait pu écrire: « Le serment eut tant de force
« chez le peuple romain que rien ne l'attacha plus aux lois.
« Il fit bien des fois pour l'observer ce qu'il n'aurait jamais

(1) Denys d'Halicarnasse. *Antiq. rom.*, l. II, ch. xxi.

« fait pour la gloire ni pour la patrie (1). » On conçoit également que Justinien, ou plutôt les rédacteurs du Digeste, aient cru ne pouvoir mieux commencer le titre *De jurejurando* qu'en proclamant la toute puissance du serment contre la mauvaise foi. Une religion nouvelle s'est établie; elle s'adresse à l'homme intérieur, à l'homme moral, et, par là même, elle est à son tour devenue le ferme appui de l'État et de l'ordre social; les chrétiens, presque des néophytes, sont encore pleins de ferveur pour la loi des Évangiles, et tout ce qui rappelle les préceptes sacrés rencontre une obéissance absolue. Les Pères de l'Église se font l'écho du sentiment général lorsque, ne trouvant pour le serment aucune épithète trop pompeuse, ils l'appellent « le commun sacrement des hommes, le lien de la foi publique, le gage le plus assuré que nous puissions donner de nos promesses ».

De pareilles appréciations sur la valeur du serment comme moyen de preuve seraient au contraire singulièrement exagérées si on les rapportait à l'époque où Gaius écrivait le texte que lui emprunte Tribonien. Depuis longtemps, dans cette période de l'histoire de la société romaine, l'idée d'une Providence vengeresse du parjure ne conservait plus aucune autorité sur la multitude; s'il faut en croire Juvénal, seuls les timorés, « ceux qui tremblent lorsqu'il tonne et pâlisent à tous les éclairs (2), » l'admettaient encore. Les philosophes, précurseurs et disciples de Lucrèce, avaient atteint le but qu'ils s'étaient proposé: dégager les âmes et les esprits de la chaîne des religions (3). Ce qui reste du culte ancien n'est plus qu'un objet de risée pour le Romain sceptique, et le plaideur habile, auquel un faux serment a valu le gain de son procès, quitte le tribunal en adressant au ciel vide cette ironique prière:

(1) *Esprit des Lois*, liv. VIII, ch. XIII : *Effet du serment chez un peuple vertueux*.

(2) *Hi sunt qui trepidant, et ad omnia fulgura pallent,*
Cum tonat...

(Sat. XIII.)

(3) *Religionum animos nodis exsolvere pergo.*

(Lucrèce, liv. I.)

Ablue præteriti perjuria temporis...
 Ablue præterita perfida verba die,
 Sive ego te feci testem, falsove citavi
 Non audituri Numina magna Jovis;
 Sive deum prudens alium, aliamve fefelli,
 Abstulerint celeres improba dicta noti (1).

Désormais, le moyen de preuve tiré du serment est condamné. — Devant cette déroute du sentiment religieux, les moralistes tentèrent bien, pour sauver le serment, de substituer à la croyance d'une sanction divine le respect de soi-même et la crainte d'un autre juge, sévère entre tous, la conscience; leurs efforts restèrent vains. Ils eurent beau enseigner que « la religion du serment doit être respectée, non à cause du châtiment qu'il peut faire redouter, mais en raison de sa force intrinsèque; non à cause de la colère des dieux, mais en raison de la bonne foi et de la justice qui ont présidé à l'affirmation placée sous l'invocation de la divinité (2) », — que « le plus grand des maux est de préférer la vie à l'honneur (3) » et « que porter en soi jour et nuit le témoin de son crime est une peine qui efface tous les supplices (4) », le nombre des parjures ne diminua pas. La conscience de l'adversaire finit même par sembler aux plaideurs une garantie si fragile qu'ils ne déférèrent plus le serment qu'en désespoir de cause. C'est du moins ce que paraît indiquer ce passage, où Quintilien nous transmet les prudentes recommandations faites par les vieux avocats à leurs jeunes

(1) Ovide, *Fast.*, liv. V, in fine.

(2) « Non fuit Jupiter metuendus, ne iratus noceret; qui neque irasci solet, nec nocere... Sed in jurejurando non, qui metus, sed quæ vis sit debet intelligi. Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi deo teste, promiseris, id tenendum est. Jam enim non ad iram deorum, quæ nulla est, sed ad justitiam et ad fidem pertinet. » (Cicéron, *De offic.*, liv. III, n° 29.)

(3) Phalaris licet imperet ut sis

Falsus, et admoto dictet perjuria tauro,
 Summum crede nefas animam præferre pudori
 Et propter vitam vivendi perdere causas.

(Juvénal, Sat. VIII, v. 84.)

(4) Pæna autem vehemens, ac multo sævior illis
 Quas et Cæditius gravis invenit, et Rhadamenthus,
 Nocte dieque suum gestare in pectore testem.

(Juvénal, Sat. XIII, v. 196.)

confrères : « *Nobis adolescentibus seniores in agendo facti præcipere solebant, ne unquam jusjurandum deferremus.* » (*Instit. Orat.*, liv. V, ch. vi.)

Voilà donc, retracée aussi rapidement que possible, l'histoire du serment dans la législation romaine. Elle nous amène à conclure :

1° Que Gaius, en présentant le serment comme le *maximum remedium expediendarum litium*, songeait plus à rappeler un état passé qu'à reproduire l'opinion de la pratique judiciaire contemporaine et que par suite on aurait tort de s'appuyer sur la loi 1, D., *De jurejurando*, pour soutenir que toujours le serment fut aux yeux des jurisconsultes romains le moyen de preuve par excellence ;

2° Que, loin de regarder le serment comme le supplément nécessaire des lois civiles (1), on doit avant tout rechercher, suivant en cela le sage conseil de Platon (2), si le peuple chez lequel on veut en établir ou en maintenir l'usage est un peuple essentiellement religieux. Déjà nos anciens auteurs disaient : « Il faut demeurer d'accord que le serment n'a été introduit qu'à la honte de l'humanité, car il suffit à l'homme de bien connaître ses devoirs pour n'y pas manquer (3). » En admettant à la légère ou par routine le serment au nombre des moyens de preuve, on court le risque d'en faire un remède plus dangereux que le mal qu'il est destiné à combattre, une arme utile seulement aux moins scrupuleux.

DÉFINITIONS

45. — Le serment est judiciaire ou extrajudiciaire suivant qu'il est déféré et prêté en justice ou hors de justice.

Le serment judiciaire, le seul dont nous ayons à nous occuper (4), peut être déféré soit par l'un des plaideurs à son ad-

(1) Ce sont les termes à peu près textuels dont se servait le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunal. (Trav. prép., séance du 14 pluv. an XII.)

(2) *Des Lois*, liv. XII.

(3) Ferrière, *Diction. de Droit*, v^o *Serment*.

(4) Le serment judiciaire rentre seul dans le cadre de notre étude, car seul il se rattache par certains côtés à la matière des preuves. — Quant au serment

versaire, c'est le *jusjurandum necessarium* (1), ou, pour nous servir de termes plus modernes, le serment litis-décisoire; — soit par le magistrat ou le juge à l'une des parties : dans ce cas, il est dénommé *jusjurandum judiciaire* : c'est le serment supplétoire du droit français.

Le *jusjurandum necessarium* et le *jusjurandum judiciaire*, ayant chacun leurs règles particulières, doivent être étudiés séparément.

extrajudiciaire, il forme, comme on l'a dit très justement, tantôt un contrat, tantôt un mode d'extinction des obligations, sanctionnés par le droit prétorien : il appartient donc, non à la matière des preuves, mais à celle des obligations honoraires. — D'autre part nous ne comprenons pas sous les termes généraux de *serment judiciaire* le *jusjurandum in litem*, ou serment estimatoire. Celui-ci, en effet, bien que prêté en justice, constitue en réalité une peine (L. 60, § 1, D., liv. XXXV, tit. II, *Ad leg. Falc.*; — L. 73, D., liv. XLVI, tit. I, *De fid.*, — L. 1, D., liv. XII, tit. III, *De in lit. jur.*), qui frappe le défendeur, soit lorsque dans une action *bonæ fidei*, dans l'action *ad exhibendum* (L. 5 pr., D., *De in lit. jur.*) et dans les actions personnelles arbitraires (L. 48 pr., D., liv. IV, tit. III, *De dol. mal.*), il s'est rendu coupable de désobéissance au juge ou de dol (L. 2; — L. 4, § 4; — L. 5, § 3, D., *De in lit. jur.*), soit lorsque, dans une action *stricti juris*, la chose due a péri par son fait ou après sa mise en demeure. (L. 5, § 4, D., *De in lit. jur.*) A ce titre, il reste, plus encore que le serment extrajudiciaire, étranger à la théorie des preuves.

(1) Le qualificatif de *necessarium* lui vient sans doute de ce que la partie à laquelle il a été déféré est dans l'obligation de le prêter ou de le référer. — On ne doit pas le confondre avec le *jusjurandum voluntarium*, qui n'est autre que le serment extrajudiciaire, appelé *voluntarium* parce qu'il repose sur une convention préalable. Cette erreur a pourtant été commise par plusieurs auteurs, qui présentent d'ailleurs deux interprétations différentes. Les uns prétendent que c'est au serment déféré en justice par l'une des parties à l'autre qu'est appliqué le qualificatif de *voluntarium*, parce que la partie à qui il est déféré peut à son choix le prêter ou le référer : le *jusjurandum necessarium* serait alors celui qui a été ainsi référé, car il faut absolument qu'il soit prêté, ou bien le procès est perdu; — les autres admettent bien cette explication du terme *necessarium*, mais ils enseignent que sous les termes de *jusjurandum voluntarium* les jurisconsultes romains rangeaient indistinctement le serment judiciaire et le serment extrajudiciaire. (Cujas, *Paratit. in lib.*, Dig., liv. XII, tit. II. — Pothier, *Pand.*, liv. XII, tit. II, § 1.) — Pour combattre la première de ces deux opinions il suffit de remarquer qu'elle met la rubrique du titre *De jurejurando* en complet désaccord avec le contenu de ce même titre, puisque celui-ci est en grande partie consacré au serment extrajudiciaire, le seul que ne mentionnerait pas la rubrique. — Quant à la seconde interprétation, elle ne peut résister au dilemme suivant : ou bien le *jusjurandum voluntarium* est celui qui laisse à la partie à laquelle il est déféré le choix de le prêter ou de le référer, et dans ce cas l'expression ne désigne certainement pas le serment extrajudiciaire, qui, lui, ne peut être référé (L. 17 pr., D., *De jurejur.*); — ou bien le *jusjurandum voluntarium* doit son nom à la circonstance qu'il repose sur une convention préalable; mais alors ce ne peut être que le serment extrajudiciaire, puisque de celui-là seulement les Romains disaient : *ex conventione deferitur*. (L. 17 pr., D., *De jurejur.*)

§ I. — *Notion du jusjurandum necessarium.*

46. — En toutes matières (1), la partie, qui était obligée à faire une preuve, avait le droit de se décharger de cette obligation en déférant à son adversaire le serment sur le fait qui servait de base à l'action ou à l'exception. (L. 3 pr., et § 1, et L. 34 pr., D., *De jurejur.*) Celui qui déférait le serment était seulement tenu, si l'adversaire l'exigeait, de prêter lui-même au préalable le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire de jurer qu'il n'avait point recours au serment par esprit de chicane, mais bien parce qu'il croyait sa prétention fondée. (L. 34, § 4, D., *De jurejur.*)

La délation du serment avait pour résultat de constituer juge de la contestation la partie à laquelle le serment était déféré (L. 1 pr., D., liv. XLIV, tit. V, *Quar. rer. act. n. dat.*) (2), celle qui le déférait se soumettant à l'avance à l'affirmation faite *Deo teste*, et par là même la délation du serment devait être regardée comme une sorte de transaction : « *Jusjurandum speciem transactionis continet.* » (L. 2, D., *De jurejur.*) Mais tandis que la transaction proprement dite reste libre entre les parties, le plaideur, auquel le serment était offert, était tenu de le prêter ou de le référer (3), dès que

(1) La délation du serment était admise même sur les questions d'état. (L. 3, § 2, L. 30, § 4, D., *De jurejur.*; — L. 6, C., liv. IV, tit. I, *De reb. cred. et de jurejur.*) — D'autre part, quelques auteurs enseignent, et non sans raison en ce qui concerne le serment judiciaire, qu'il n'aurait pas été permis de déférer le serment sur la question de savoir si tel individu était votre esclave. En effet, dit-on, la validité du serment aurait rencontré un obstacle dans la règle certaine qui refuse tout effet civil aux conventions conclues entre un maître et son esclave. (L. 13, C., liv. II, tit. IV, *De transact.*) Or cette restriction doit-elle être étendue au serment judiciaire ? L'affirmative est bien douteuse, car ici on ne peut plus invoquer l'argument tiré de l'inefficacité des conventions passées entre maître et esclave, le serment judiciaire ne supposant pas de convention préalable.

(2) Ce résultat, qu'au demeurant il n'est guère possible d'éviter, ne rend-t-il pas le serment dangereux comme moyen de preuve, même pour les consciences les plus délicates ? « Il n'est pas permis au plus équitable homme du monde, disait Pascal, d'être juge en sa cause ; j'en sais qui, pour ne pas tomber dans cet amour-propre, ont été les plus injustes du monde à contrebais ». (*Pensées*, art. III, n° 3, *in fine.*)

(3) Le serment judiciaire présente en cela une différence notable avec le serment extrajudiciaire, qui, lui, ne peut pas être référé. (L. 17 pr., D., *De jurejur.*)

rien, ni dans la condition respective des deux adversaires, ni dans la manière dont le serment était déféré, ni dans son objet, ne venait s'opposer à sa recevabilité. C'est pour ce motif que le jurisconsulte Paul a raison de dire non pas : *jusjurandum transactionem continet*, mais simplement : *speciem transactionis*.

47. Nous verrons, en exposant les conditions de validité du serment, dans quel cas la situation des plaideurs l'un vis-à-vis de l'autre pouvait le rendre inadmissible. — Quant à la manière dont il était déféré, elle ne constituait un obstacle à son admissibilité que si la formule même du serment était déclarée illicite comme se rattachant à un culte prohibé par les lois. (L. 5, § 3, D., *De jurejur.*)

Enfin, l'objet du serment l'empêchait d'être recevable dans une seule hypothèse : celle où la déclaration aurait porté sur un fait que l'on devait présumer étranger à la connaissance personnelle de la partie à laquelle le serment était déféré ou référé : *iniquum sit de alieno facto alium jurare*. (L. 11, § 2, D., liv. XXV, tit. II, *Rer. amot.*) Ainsi, le serment ne pouvait être exigé de l'héritier touchant les engagements de son auteur. (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. I, *De reb. cred.* et *De jurejur.*, § 4.) (1). De même n'avaient pas à prêter serment, le fidéjusseur (L. 42, D., liv. L, tit. XVII, *De reg. jur.*), le *procurator* et le *defensor* (L. 34, § 3, D., *De jurejur.*), sur le fait personnel au débiteur principal, au représenté ou au client.

§ II. — Conditions de validité du *jusjurandum* necessarium.

48. — L'efficacité du serment prêté ou référé était subordonnée à l'observation de règles de formes et de règles de fond.

(1) La raison donnée par le texte de Paul, *quoniam contractum ignorare potest*, combinée avec la loi 42, D., *De reg. jur.*, permet de supposer qu'il n'en était pas de même lorsque l'héritier agissait comme demandeur, *nam plane qui agit, certum esse debet*.

49. — A. *Règles de formes.* — 1^o Le serment prêté par l'une des parties n'était valable que s'il avait été déféré préalablement par la partie adverse. Un serment spontané n'aurait donc produit aucun effet. Cette règle, consacrée par l'édit, est justifiée par Ulpien de la manière à la fois la plus simple et la plus rationnelle : « *Alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabil.* » (L. 3 pr., D., *De jurejur.*)

2^o Le serment prêté ou référé devait, à peine de nullité, être, dans ses termes, l'exacte reproduction du serment déféré. (L. 3, § 4 ; — L. 4 ; — L. 5, pr., — L. 33, D., *De jurejur.*) (1). C'était à la partie qui déférait le serment qu'appartenait le droit d'en déterminer la formule (L. 5 pr., D., *De jurejur.*) (2) ; en cas d'abstention ou d'omission de sa part, son droit passait au magistrat ou au juge (L. 34, § 5, D., *De jurejur.*), qui arrêtaient également la formule du serment référé, lorsque certaines circonstances de faits ou de personnes ne permettaient pas de maintenir les termes du serment déféré. (L. 34, § 8, D., *De jurejur.*) Que, par exemple, vous me demandiez de jurer *per caput filiorum meorum*, et

(1) Ainsi, quand vous me proposez de jurer *per Deum*, je ne puis jurer *per caput meum*. (L. 3, § 4, et L. 4, D., *De jurejur.*)

(2) A l'origine, le serment dut être dans la forme, comme il l'était au fond, un acte exclusivement religieux, n'admettant d'autre invocation que celle de la divinité : c'est ce qu'indique l'étymologie la plus probable du mot *jusjurandum*. (*Jovis jurandum*. Voët, *Com. ad Pand.*, liv. XII, tit. II.) Mais par la suite il ne fut plus indispensable de faire intervenir, extérieurement au moins, les dieux dans la solennité du serment, et les formules d'attestation présentèrent une assez grande variété. En voici quelques exemples : — *per Jovem* (Cicéron, *Pro Font.*, n° 12 ; — Tite-Liv., lib. I, n° 15 ; — Plaute, *Ménech.*, act. V, sc. vii ; — Festus, v° *Lapidem*) ; — *per Jovem Lapidem*, ce qui était, paraît-il, le plus sacré de tous les serments. (Aulu-Gel., liv. I, ch. xxi) ; — *per Superos* (Ovide, l. XII, v. 557 et s.) ; — *par Hercule, par Castor, par Pollux* (Aulu-Gel., liv. XI, ch. vi) ; — *par Vénus* (Plaute, *Rudens*, act. V, sc. ii) ; — *per genium, per venerationem principis* (Denys d'Hal., *Antiquit. r.*, liv. XLIV ; — Suétone, *Vit. Ces.*, n° 85 ; — Tertullien, *Apolog.*, n° 28. — Claude ordonna même, sous peine capitale, de jurer *per genium suum* (Suétone, *Vit. Caii*, n° 27) ; — *per caput suum, vel filiorum suorum* (L. 3, § 4, et L. 4, D., *De jurejur.*) ; — *per patris cineres, per patris memoriam* (Sénèque, *Controv.*, liv. III, *Prefat.*) ; — au bas-Empire, *per Deum omnipotentem et Filium ejus unigenitum* (Nov. VIII, ch. 3) ; — par les Saints Évangiles (L. 12, § 5, C., *De reb. cred et de jurejur.*) — Étaient seules rejetées les formules impliquant un point de religion publiquement défendu. (L. 5, § 3, D., *De jurejur.*)

que je vous réfère le serment, la formule devra nécessairement être modifiée si de votre côté vous n'avez pas d'enfants.

3° Le serment devait être prêté immédiatement après avoir été déféré, sauf pourtant lorsqu'il était nécessaire d'accorder un délai pour vérifier certains faits de nature à rendre inutile la délation du serment. (L. 34 pr., *in fine*, D., *De jurejur.*)

4° Le serment était toujours prêté en présence du magistrat ou du juge. On n'admettait d'exception que pour les dignitaires (1) et pour les personnes atteintes de maladie. (L. 15, D., *De jurejur.*)

50. — B. *Règles de fond.* — Trois règles principales résument à ce point de vue les données des textes.

1° Quand il s'agit d'un droit propre aux parties figurant par elles-mêmes dans l'instance, le serment n'est valablement déféré ou référé que par la personne capable de disposer librement de ses biens. — Ainsi, le pupille ne peut déférer le serment sans l'*auctoritas* de son tuteur (L. 17, § 1, D., *De jurejur.*; — L. 1, § 1, D., liv. XLIV, tit. V, *Quar. rer. act. n. dat.*), et il faut en dire autant du prodigue non pourvu du *consensus* de son curateur. (L. 35, § 1, D., *De jurejur.*, cbn. L. 17, § 2, D., *eod.*) — Quant au mineur de vingt-cinq ans, le droit de déférer le serment lui appartient en principe; mais, au cas de lésion, il obtiendrait la *restitutio in integrum*. (L. 9, § 4, D., *De jurejur.*) (2).

Au contraire, le serment est valablement prêté par toute personne capable d'ester en justice; car le serment procure toujours un avantage à celui qui le prête, et, s'il lèse la partie qui le défère, celle-ci n'a qu'à se prendre à elle-même d'y avoir eu recours : « *omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum qui contentus eo, cum deferret, fuit.* » (L. 26

(1) Certaines personnes avaient même la faculté de se soustraire complètement à l'obligation du serment : il en était ainsi pour les flamines de Jupiter et les prêtresses de Vesta. (Aulu-Gel., liv. X, ch. xv.)

(2) La lésion donnerait également lieu à la *restitutio in integrum* en faveur du pupille, même lorsqu'il a déféré le serment avec l'*auctoritas* de son tuteur. La L. 9, § 4, D., *De jurejur.*, et surtout la L. 1, C., liv. II, tit. XXXII, *Si adv. trans.*, nous fournissent, en ce sens, un excellent argument d'analogie.

pr., D., *De jurejur.*) — Il n'y a donc pas à rechercher si la personne à laquelle on défère le serment est ou non capable de disposer de sa fortune. En effet, si le serment est déféré à un incapable, ou bien il le prête, et dès lors il rend sa condition meilleure; ou bien il refuse de jurer, et dans ce cas il n'éprouve aucun préjudice, puisqu'il n'est pas soumis à l'obligation de référer le serment. (L. 34, § 2, D., *De jurejur.*) (1).

2° S'agit-il du droit d'autrui, le serment ne peut être déféré que par ceux auxquels la loi, ou le véritable intéressé lui-même, a conféré le pouvoir de disposer du droit sur lequel va porter le serment.

Les tuteurs et les curateurs défèrent donc valablement le serment (L. 17, § 2, D., *De jurejur.*) (2); et de même la délation du serment est régulière de la part d'un *procurator*, si, « *aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit* ». (L. 17, § 3, L. 34, § 1, D., *eod.*) — Enfin la validité du serment déféré par les esclaves ou les fils de famille, lorsqu'ils n'agissent pas en leur nom personnel, est subordonnée à l'absence de préjudice pour la personne sous la puissance de laquelle ils sont placés. (L. 24, D., *De jurejur.*; — L. 133, D., liv. L, tit. XVII, *De div. reg. jur.*) (3).

Quant au serment prêté, il suffit, pour qu'il produise effet,

(1) La loi 34, § 2, ainsi conçue : « *Pupillo non defertur jusjurandum*, ne peut » signifier, en effet, que ceci : le pupille *n'est pas tenu* de prêter le serment qui lui est déféré, — et non, qu'on ne peut déférer le serment à un pupille, puisque la loi 26, au même titre, suppose justement un serment prêté par un impubère.

(2) Néanmoins, la *restitutio in integrum* protégerait l'incapable contre les effets du serment déféré à la légère par le tuteur ou le curateur. (L. 35 pr., D., *De jurejur.*)

(3) L'esclave et le fils de famille sont traités de la même manière lorsque le droit en jeu est celui du maître ou du père de famille. Au contraire, leurs pouvoirs diffèrent lorsque l'affaire intéresse uniquement le pécule. Dans ce cas, en effet, tandis que le serment déféré par le fils de famille et prêté contre lui donne toujours lieu à l'action de *peculio* (L. 5, § 2, D., liv. XV, t. I, *De pecul.*), l'esclave n'est autorisé à déférer le serment, ou même à le prêter, que s'il jouit à l'égard du pécule de la *libera administratio*. (L. 20, D., *De jurejur.*) Sur la *libera administratio*, V. L. 27, § 1, *in f.* (D., *De pecul.*)

que celui qui jure soit bien le représentant de l'une des parties. (L. 9, § 6, L. 23, L. 25, L. 42, § 2, D., *De jurejur.*; — L. 24, D., liv. XLIV, tit. I, *De except.*; — L. 2 pr., D., liv. XLIV, tit. V, *Quar. rer. act. n. dat.*)

3° Les rapports de parenté, d'alliance, ou de patronat font obstacle à la délation du serment, lorsque, par la nature même du fait à établir, l'offre du serment constituerait une suspicion injurieuse pour la personne, ascendant ou patron, à laquelle elle serait faite. Dans ce cas, la délation du serment devient impossible pour le descendant ou l'affranchi. (L. 16, D., *De jurejur.* — *Cbn.* L. 14, D., *eod.*) Ainsi, qu'une affranchie, après avoir été épousée par son patron, l'accuse de détournement de la dot, elle ne peut lui déférer le serment *de rerum amotarum judicio*. (L. 16 précitée, D.)

§ III. — Effets de la délation du *jusjurandum* necessarium et de sa prestation.

51. — La partie à laquelle un serment avait été régulièrement déféré était tenue de le prêter. Elle pouvait cependant, lorsqu'il s'agissait de faits qui lui étaient communs avec son adversaire, lui référer le serment déféré et sesoustraire ainsi à l'obligation de le prêter. (L. 34, §§ 6 et 7; — L. 9, C., *De reb. cred. et de jurejur.*)

Quant à celui qui avait déféré le serment, il lui était permis de se rétracter tant que la délation n'avait pas été effectivement acceptée (L. 11, C., *De reb. cred. et de jurejur.*), c'est-à-dire tant que le serment n'avait pas été prêté. C'est ce qu'indiquent, dans la loi 11 précitée, les mots : *usque ad terminum litis*. Ce point avait cependant été contesté dans notre ancien droit français et quelques auteurs soutenaient qu'il suffisait à Rome que la délation du serment eût été acceptée par celui à qui elle était faite, pour qu'elle fût à l'abri de toute révocation (1). La première interprétation est néan-

(1) Rapporté par Merlin. *Quest. de Dr.*, v° *Serment*, § III.

moins la seule conforme au texte de la loi et aux principes du droit romain, où la délation et la prestation d'un serment forment entre les deux parties un contract qui ne peut rentrer que dans la classe des contrats innomés. Or, il était loisible de résilier un contrat innomé tant que les choses restaient entières. (L. 35, D., liv. L, tit. XVII, *De reg. jur.*)

Dès que le serment avait été rétracté, il ne pouvait plus être déféré, à moins que ce ne fût sur un autre fait. (L. 44, C., *De red. cred. et de jurejur.*) (1).

52. — Celui qui refusait de prêter le serment à lui déféré et qui s'abstenait de le référer à son adversaire succombait dans son action ou dans son exception ; il en était de même de celui qui refusait de prêter le serment valablement référé. (L. 34, §§ 6 et 7, D., *De jurejur.*; — L. 9, C., *De reb. cred. et de jurejur.*) Le refus de prêter ou de référer le serment était en effet considéré comme un aveu. (L. 38, D., *De jurejur.*)

Au contraire la prestation du serment entraînait nécessairement pour celui de qui elle émanait le gain du procès. (L. 5, § 2, D., *De jurejur.*) L'autorité du serment était assimilée à celle de la chose jugée (L. 4 pr., D., liv. XLIV, tit. V, *Quar. rer. act. n. dat.*) et la chose jurée était réputée vraie comme la chose jugée était réputée bien jugée. (L. 56, D., liv. XLII, tit. I, *De re jud.*; — L. 43, D., liv. XX, tit. VI, *Quib. mod. pign.*) De telle sorte que si, postérieurement, les faits sur lesquels était intervenu le serment se trouvaient de nouveau remis en question entre les mêmes parties, le juge devait seulement se demander : y a-t-il eu serment régulièrement déféré ou référé et prêté, sans avoir à rechercher quelle pouvait être au point de vue de la vérité la valeur de ce serment. (L. 9, § 1, D., *De jurejur.*) — En un mot, le serment prêté se substitue complètement au jugement et le rem-

(1) On ne doit pas confondre la remise du serment (*jurisjurandi remissio gratia*) avec sa rétractation (*revocatio*). En effet, tandis que la rétractation laisse à son auteur la faculté de recourir à d'autres moyens de preuve (L. 44, C., *De reb. cred. et de jurejur.*), la remise du serment, lorsqu'elle est accordée par une personne capable, équivaut à sa prestation. (L. 32, L. 6, L. 9, § 1, D., *De jurejur.*)

place (1). Le juge doit se borner à constater le serment prêté devant lui, et cette constatation tient lieu de sentence, à tel point qu'elle a pour résultat de donner à la partie à laquelle profite le serment, non l'action *judicati*, ou l'exception *rei judicatæ*, mais l'action, ou l'exception, *jurisjurandi in factum ad similitudinem* (2) *judicati*. (L. 8, C., *De reb. cred. et de jurejur.*) (3).

53. — Le serment produisait donc les effets d'un jugement : *vicem rei judicatæ obtinet*. Toutefois, cette assimilation est loin d'être absolue et les textes nous fournissent d'assez nombreuses différences entre le serment et la chose jugée, notamment :

1° Tandis que dans quelques hypothèses il est dérogé, en faveur de l'action ou de l'exception *judicati*, à la règle

(1) *In jure*, et par la force même des choses, le serment, dès qu'il est déféré sur le fond de la prétention s'oppose toujours à la délivrance de la formule originairement demandée. Il prend donc la place de la *litis contestatio*, qui, elle, ne peut plus intervenir. En effet, les seules hypothèses possibles sont les suivantes : — 1° le serment est prêté par le défendeur ou refusé par le demandeur : celui-ci perd alors tout droit à l'action ; — 2° le serment est refusé par le défendeur ou prêté par le demandeur, et l'instance, originairement engagée, ne va pas plus loin ; car de deux choses l'une : ou bien le procès porte sur une somme déterminée, et dans ce cas le serment remplace complètement la condamnation et le débiteur n'a plus qu'à s'exécuter ; — ou bien l'objet du procès ne consiste pas en une somme d'argent déterminée, et dans cette hypothèse le serment équivalait bien encore, en principe, à la condamnation du défendeur, mais les parties devront se rendre devant le juge, afin d'établir, à l'aide d'une action estimatoire analogue à celle que nous avons déjà rencontrée pour l'aveu, le montant de la condamnation. — C'est ce qui justifie, croyons-nous, la comparaison admise par quelques textes entre la délation du serment et la *litis contestatio*. De cette idée découle même la conséquence que, si le serment intervient sur un droit muni d'une action simplement temporaire, il le perpétue comme le ferait la *litis contestatio*. (L. 9, § III, D., *De jurejur.* — *Adde* : L. 13, § I, *eod. tit.*)

(2) Le serment judiciaire autorisera donc, au même titre que le jugement, l'emploi immédiat des voies d'exécution. (Rappr. : L. 56, D., liv. XLII, tit. I, *De re jud.*)

(3) Comment, avec un pareil résultat, ranger le *jusjurandum necessarium* au nombre des moyens de preuve ? Nous posons simplement la question, sans y répondre, car nous ne croyons pas qu'on puisse reprocher aux jurisconsultes romains l'erreur commise par un grand nombre de nos auteurs modernes. Pour les Romains le serment, loin d'être un mode de preuve, fournissait au contraire un moyen expéditif de couper court aux contestations en supprimant les difficultés et les incertitudes de la preuve. L'exactitude de la chose jurée est regardée, non comme une vérité établie, prouvée, mais comme une vérité constante. Au surplus, toutes les observations que nous avons présentées au début de notre étude sur l'aveu judiciaire, nous les répéterions à propos du serment déféré en justice par l'une des parties à son adversaire.

res inter alios judiciala..., etc. (L. 1, § 16, L. 2, L. 3 pr., D., liv. XXV, tit. III, *De agnosc. et al. lib.*; — L. 17, § 1, D., liv. V, tit. II, *De inoff. test.*; — L. 14 pr., D., liv. XLIX, tit. I, *De appell.*), dans les mêmes cas nous ne trouvons rien de semblable en faveur de l'action ou de l'exception *jurisjurandi*;

2° L'action *in factum*, délivrée à la suite du *jusjurandum necessarium*, ne rentre pas, comme l'action *judicati*, dans la classe de celles *quæ in filiatione crescunt in duplum*. (L. 30 pr., D., *De jurejur.*) La raison de cette particularité est qu'on favorise bien suffisamment le demandeur, en le déchargeant du fardeau de la preuve, pour ne pas lui accorder encore davantage; « *abunde enim sufficit*, dit le jurisconsulte Paul, *exonerare petitorem probandi necessitate*. » — Quoi qu'il en soit, il résultait de cette différence, que la répétition de l'indû était permise lorsque le paiement avait eu lieu *ex falsa causa jurisjurandi*, tandis qu'elle était refusée lorsqu'on avait payé *ex falsâ causâ judicati* (L. 4, C., liv. IV, tit. V, *De conduct. ind.*);

3° Alors qu'un jugement peut me reconnaître à votre égard la qualité de patron et me donner des droits même sur votre succession et vis-à-vis de vos héritiers, le serment au contraire serait impuissant à me conférer les mêmes droits. (L. 14, D., liv. XXXVII, tit. XIV, *De jur. patr.*) Car le serment, bien qu'en principe il soit valablement déféré sur les questions d'état (L. 3, § 2, D., *De jurejur.*), n'est efficace qu'autant qu'il est favorable à l'état contesté. (L. 30, § 4, D., *De jurejur.*; — L. 45, § 1, D., liv. XXIII, tit. II, *De rit. nupt.*) (1).

(1) D'après certains auteurs la décision contenue dans la loi 14, D., *De jur. patr.*, signifie simplement que le serment prêté sur votre proposition produit ses effets uniquement contre vous-même, et non point contre les tiers à qui je voudrais l'opposer après votre mort; que par suite elle n'est qu'une application du droit commun. Mais nous remarquerons tout d'abord que les textes, où il est question de serment relatif à l'état des personnes, supposent tous le serment favorable à celui dont l'état est contesté; ou bien, quand il est défavorable à cet état, sa portée est limitée à des conséquences accessoires et n'engageant aucun principe de fond. (L. 8, § 1, D., liv. II, tit. IV, *De inj. voc.*) De plus, l'explication que nous repoussons paraît formellement contredite par

A l'inverse, le serment justifie l'appréciation qu'en donne le jurisconsulte Paul (L. 2, D., *De jurejur.*), et son autorité dépasse celle de la chose jugée, lorsqu'on les compare au point de vue de l'irrévocabilité de leurs effets. Car la découverte ultérieure de pièces décisives permet de reviser un procès; au contraire, elle ne permet pas de remettre en question ce qui a été décidé par un serment. (L. 31, D., *De jurejur.*)

54. — L'autorité du serment est à la fois relative et absolue.

Elle est relative en ce sens : — 1° qu'elle se limite exactement aux termes de la formule sous laquelle le serment a été prêté. (L. 28, § 5, L. 30, § 2, D., *De jurejur.*) Ainsi, lorsque je me suis contenté de jurer que vous n'avez sur la chose litigieuse aucun droit, l'effet du serment se borne à me procurer une exception pour vous repousser tant que je possède, et ne me permet pas d'agir contre vous par l'action *jurisjurandi*, s'il arrive que la possession retourne entre vos mains (L. 11 pr., D., *De jurejur.*); — 2° qu'elle n'est opposable qu'à la partie qui a déféré ou référé le serment et à ses héritiers ou ayants cause (L. 9, § 7, L. 11, § 3, D., *De jurejur.*), de même qu'elle n'est invoquée valablement que par celui qui a juré ou par ses successeurs. (L. 7, D., *De jurejur.*; — L. 1, § 2, D., *Quar. rer. act. n. dat.*) Jamais elle ne peut nuire ou profiter à d'autres personnes. (L. 10, L. 13 pr., D., *De jurejur.*) — Néanmoins, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires libère le débiteur, même vis-à-vis de l'autre créancier (L. 28 pr., D., *De jurejur.*), et le bénéfice du serment prêté par un débiteur solidaire s'étend à ses codébiteurs. (L. 28, § 3, *eod.*) D'un autre côté le serment prêté par le débiteur principal profite au garant (L. 42, § 3, D., *De*

deux textes, l'un d'Ulpien, l'autre de Paul. (LL. 7 et 8, D., *De jurejur.*) « Si j'ai juré, portent ces textes, que la chose que je revendique contre vous est à moi, vous ne pourrez ensuite agir de nouveau ni contre moi, ni contre mes héritiers, ni même contre ceux qui tiendraient de moi la chose revendiquée comme successeurs à titre particulier, » par exemple à titre d'acheteur ou de donataire. — Le serment peut donc produire effet, soit au profit de tiers, soit contre eux, pourvu qu'ils soient ayants cause des parties entre lesquelles il est intervenu.

jurejur.), et celui qui a été prêté par le garant profite au débiteur principal (L. 28, § 1, D., *De jurejur.*), pourvu que, dans l'un et l'autre cas, le serment ait été fait *de ipso contractu* ou *de re*, et non pas seulement *de persona jurantis* (1).

Au contraire, l'autorité du serment est absolue lorsqu'on l'envisage par rapport aux faits à propos desquels il est intervenu. Ainsi, dès que le fait en question et les parties en cause restent les mêmes, le demandeur ne peut triompher de l'exception *jurisjurandi*, quand bien même son action serait différente de celle qu'il intentait lorsqu'il a une première fois déféré le serment au défendeur. (L. 28, § 4, D., *De jurejur.*) Par exemple, poursuivi par l'action *furti*, j'ai juré n'avoir commis aucun vol. Puis le demandeur change d'action et m'intente la *condictio furtiva* : je n'en suis pas moins invinciblement protégé par l'exception *jurisjurandi*. (L. 13, § 2, D., *De jurejur.*)

D'autre part, tout ce qui a été juré demeure pleinement acquis, même si le serment doit par là devenir une arme contre celui qui l'a prêté à son avantage ; le serment est indivisible. Prenons une hypothèse : je jure que tel objet que je vous réclame vous a été remis par moi en gage d'une certaine somme [que vous m'avez prêtée ; mon serment m'autorise bien à vous demander la restitution du gage ; mais il m'oblige à vous payer d'abord la somme empruntée. (L. 13, §§ 3 et 5, D., *De jurejur.*)

55. — La délation du serment impliquait, avons-nous dit, une renonciation *conditionnelle* à la demande ou à la défense, et cette idée produisait à l'égard des effets du serment une conséquence des plus importantes. Dès que la condition s'était réalisée, c'est-à-dire dès que le serment avait été prêté, la renonciation devenait irrévocable et l'on n'aurait pas été admis à l'infirmer, même en offrant de prouver

(1) Si le serment du fidéjusseur porte uniquement sur l'existence ou la validité de la fidéjussion, il ne libérera pas le débiteur principal. De même si, par exemple, le serment prêté par le débiteur principal a pour résultat d'établir qu'il n'est obligé que naturellement, le fidéjusseur ne pourra opposer au créancier l'exception *jurisjurandi*, puisque l'obligation naturelle peut être garantie par une fidéjussion. (L. 8, § 2, D., liv. XLVI, tit. I, *De fidej.*)

la fausseté du serment, même en établissant le parjure. (L. 5, § 2, D., *De jurejur.* ; — L. 15, D., liv. XLIV, tit. I, *De except.* ; — L. 1, C., *De reb. cred. et de jurejur.*) Et en effet la condition n'était pas et ne pouvait pas être *si l'adversaire prête un serment conforme à la vérité* ; car alors il aurait fallu plaider de nouveau pour savoir si la déclaration avait été ou non conforme à la vérité, en sorte que le serment n'aurait rien eu de définitif et n'aurait fait qu'éterniser les procès ; la condition était simplement : *Si l'adversaire prête le serment*. La question n'avait pourtant pas été résolue sans discussion et Ulpien nous rapporte que Labéon accordait encore contre l'auteur du parjure l'action *De dolo*. L'opinion contraire, enseignée par Pomponius, l'emporta cependant (L. 21, D., liv. IV, tit. III, *De dol.*) : « *Stari enim religioni debet*, disent les jurisconsultes, *nam sufficit perjurii pœna.* » (L. 22, D., *De dol.*) Au reste, la divergence de doctrine constatée chez Labéon trouve peut-être une explication plausible dans l'ordre historique des faits. Le fondateur de l'école Proculienne pouvait et même devait être souvent dominé dans son enseignement par les souvenirs récents pour lui de la période républicaine ; il ne faut donc pas s'étonner s'il émet à l'égard du serment une théorie qui rappelle quelque peu l'époque où les censeurs poursuivaient avec sévérité la répression des parjures. (Cicéron, *De offic.*, l. III, c. xxxi.) Plus tard, on se départit de la rigueur de l'ancien droit et le législateur, bien ou mal inspiré, décida que le châtement, réservé par la justice divine à l'auteur du faux serment, était une peine suffisante. (L. 2, C., *De reb. cred. et de jurej.*) Le droit privé suivit alors, si même il ne l'avait devancé, l'exemple donné par le droit criminel, et les interprètes des lois civiles n'admirent plus de recours contre le parjure ; d'autant mieux que, le principe du recours une fois reçu, l'action accordée aurait été très probablement l'action de dol, c'est-à-dire une action infamante, et que l'on serait arrivé ainsi, en dernière analyse, à maintenir indirectement une peine disparue de la loi pénale. On continua bien, il est

vrai, à punir le faux serment prêté *per genium principis* (L. 13, § 6, D., *De jurejur.*), ou commis dans un *instrumentum*. (L. 4, D., liv. XLVII, tit. XX, *Stellionat.*) Mais il n'y avait là que des faits isolés, impuissants à lutter contre l'idée acquise : « *Jurisjurandi religio satis Deum ultorem habet.* » Et cette idée persistera dans le droit civil, même lorsque les empereurs Honorius et Arcadius, comprenant enfin combien était choquante cette législation qui permettait d'insulter impunément à la divinité, alors qu'elle ne tolérait pas l'injure à César, en seront revenus, pour les parjures *per Deum*, à l'application de la peine d'infamie. (L. 41, C., liv. II, tit. IV, *De transact.*) « *Non illud quæritur, decident les Institutes, an pecunia debeatur, sed an juraverit.* » (Inst., liv. IV, tit. VI, *De act.*, § 11.) La nécessité de mettre un terme aux instances judiciaires l'emporte désormais sur toute autre considération (1).

§ IV. — Appendice : Du *jusjurandum* judiciaire.

56. — A défaut de preuves suffisantes. et *cognitâ causâ*, le juge *in judicis* pouvait, pour compléter sa conviction, déférer d'office à l'une ou à l'autre des parties le *jusjurandum judiciaire*. (LL. 3 et 10, C., *De reb. cred. et de jurejur.*) — Cela dit, et connaissant les principes généraux du *jusjurandum necessarium*, trois observations vont nous suffire pour déterminer les règles spéciales au *jusjurandum judiciaire*.

1° A la différence du *jusjurandum necessarium*, il ne saurait jouer entre les parties le rôle d'une transaction : complètement indépendant de la volonté des plaideurs, il rentre dans la catégorie des moyens de preuve ordinaires et par

(1) Néanmoins l'autorité absolue du serment subit encore une restriction dans deux hypothèses exceptionnelles : — 1° lorsque le serment prêté n'était que le résultat d'une entente frauduleuse entre celui qui l'avait prêté et celui qui l'avait déféré, l'exception ou la *replicatio doli* était accordée aux créanciers de ce dernier (L. 13, C., § 5, D., *De jurejur.*) ; — 2° lorsqu'une personne jurait qu'il lui avait été laissé soit un legs, soit un fideicommiss, et que postérieurement on reconnaissait la fausseté du serment, l'héritier avait le droit de répéter le montant de la libéralité. (L. 13, C., *De reb. cred. et de jurejur.*)

suite il n'exerce, soit *in jure*, soit *in judicio*, aucune influence sur la marche normale de la procédure ;

2° Délégué à la partie que choisit le juge, le *jusjurandum judiciale* ne peut être référé par celle-ci à son adversaire, puisque ce dernier n'est lui-même pour rien dans la délation du serment ;

3° Enfin, et c'est en cela qu'il diffère surtout du *jusjurandum necessarium*, le *jusjurandum judiciale* ne lie pas toujours le juge. Au cas en effet où l'on retrouve postérieurement au jugement des pièces qui, si elles avaient été produites au cours du procès, auraient rendu inutile la délation du serment, la sentence devient annulable et l'affaire peut être reprise en entier (L. 34, D., *De jurejur.*) ; ce qui n'aurait jamais lieu après un serment délégué par l'une des parties. (*Ead. l., in fine.*) Le jugement rendu à la suite d'un *jusjurandum judiciale* se trouve donc placé dans une sorte d'infériorité, puisque la découverte de nouvelles pièces n'autorise pas en principe la révision de la chose jugée. (L. 35, D., liv. XLII, tit. I, *De re jud.* ; — L. 4, C., liv. VII, tit. LII, *De re jud.*)

CHAPITRE IV

Des actes écrits.

57. — L'usage de la preuve par actes écrits, par titres, ne dut s'introduire qu'à la longue et tardivement dans la pratique judiciaire romaine. Bien que l'écriture fût connue et employée dès la fondation de Rome, son application resta longtemps le privilège de quelques-uns : les prêtres seuls y avaient recours pour la rédaction de leurs annales, qui furent très probablement chez les Romains, comme chez les peuples voisins, Sabins, Samnites, Étrusques, les premiers monuments écrits. (Denys d'Hal., II, 49 ; — Cicéron, *De divin.*, II, 41 ; I, 33 ; II, 23 ; — Suétone, *V. Claudii*, 42 ; — Macrobe, I, 12 ; V, 19 ; — Ser-

vius, VII, 678; VIII, 398; — Lettres de Marc-Aurèle, IV, 4.) — Dans le domaine du droit, il est à remarquer que la loi des XII Tables, qui en plusieurs endroits parle de la preuve par témoins, garde, au moins dans les fragments parvenus jusqu'à nous, un silence absolu sur la preuve par écrits, sans la moindre allusion qui puisse faire supposer son existence. D'ailleurs, quatre-vingts ans environ après la rédaction de la loi décemvirale, l'emploi des caractères écrits était encore si peu répandu qu'au dire de Tite-Live, c'était encore au moyen de clous enfoncés près du sanctuaire de Minerve, dans le temple de Jupiter Capitolin, que l'on comptait le nombre des années, *quia raræ perea tempora litteræ erant*. (Liv. VII, c. III.) — D'autre part, nous considérons comme à peu près certain que la preuve écrite a pour origine et pour première manifestation les registres tenus par les changeurs (*argentariorum, nummulariorum codices*) (1), car il est

(1) Nous ne pensons pas qu'il y ait eu dans les premiers temps une distinction à faire entre les *nummularii* (changeurs) et les *argentarii* (banquiers) : les uns et les autres, tout porte à le croire, commencèrent par être de simples changeurs, le commerce de banque impliquant un degré de civilisation avancée que ne devait pas atteindre la Rome primitive. Plus tard, le commerce du change et celui de la banque se trouvèrent sans doute assez souvent réunis entre les mêmes mains : nous voyons en effet les *argentarii* faire le change des monnaies, à propos duquel ils perçoivent un droit appelé *collybus*. (Cicéron, *In Verr.*, III, 78; — *Ad Att.*, XII, 6.) En outre la compilation de Justinien, sauf de rares exceptions (L. 9, § 2, D., liv. II, tit XIII, *De edendo*; — L. 20, D., liv. XIV, tit. III, *De inst. act.*), ne parle presque jamais que des *argentarii*. — La principale attribution des *argentarii* était la banque et les opérations accessoires qu'elle comporte. (L. 7, § 2, D., liv. XVI, tit III, *De pos.*) Ils étaient également chargés des ventes aux enchères publiques. (Gaius, IV, 126.) Leurs fonctions étaient interdites aux femmes. (L. 12, D., *De edendo*.) — Les *argentarii* étaient soumis à une réglementation dont nous connaissons les points principaux. Ils devaient tenir très régulièrement leurs écritures (L. 4 pr., L. 6, § 6, L. 10, § 1, D., *De edendo*), qui pouvaient être produites et faire foi en justice. (L. 9, § 2, D., *De edendo*; — L. 27, § 1, D., liv. XLVII, tit. II, *De furtis*.) — Ils étaient toujours obligés de représenter leurs registres (L. 4, § 1, L. 9, § 2, L. 10, pr., *De edendo*) dès que ceux qui requéraient la présentation prêtaient le serment de *calumniâ* (L. 6, § 2, L. 9, § 3, D., *De edendo*), c'est-à-dire juraient qu'ils n'agissaient pas dans un but de vexation. En refusant la communication de leurs livres, les *argentarii* se seraient exposés à des poursuites exercées au moyen d'une action *in factum* pénale et entraînant condamnation au *quod interest*. (L. 6, §§ 4 et 5; L. 13, D., *De edendo*.) La même obligation était imposée à l'*argentarius* retiré des affaires et à ses héritiers. (L. 4, § 4; L. 9, § 2, D., *De edendo*.) — Au contraire, les *argentarii* ne pouvaient jamais exiger l'*editio* des livres de ceux qu'ils poursuivaient en justice. (L. 6, § 9, D., *De edendo*.) Enfin, quand ils agissaient contre un débiteur à l'aide d'une action *certa*, les *argentarii* étaient tenus d'établir au préalable la balance exacte de leurs comptes

bien probable que c'est dans cette profession que dut se faire sentir le plus tôt et le plus impérieusement le besoin d'écritures. L'emploi des actes écrits en matière de preuves remonterait donc par là même à une assez haute antiquité. (Tite-Live, IX, 40; XXVI, 27; — Plaute, *Curcul.*, IV, I, 19.) Quoi qu'il en soit, la preuve écrite s'était, depuis longtemps déjà, vulgarisée à la fin de la République. Cicéron (*In Verr.*, 2^e act., I, n° 23; — *Pro Rosc.*, n° II; — *De orat.*, II, 24, 26 et s.) nous montre en effet l'usage des livres domestiques (*tabulæ, codices, rationes domesticæ*) reçu dans toutes les familles quelque peu importantes et cela, non comme une innovation, mais comme une règle à laquelle les mœurs ne permettaient même pas de se soustraire. (Adde : Cicéron, *De orat.*, II, 23.)

D'autres causes devaient encore contribuer à l'extension de plus en plus large de la preuve par écrit (1). D'assez bonne heure, les Romains prirent l'habitude de constater dans un acte écrit ou *cautio* les stipulations régulièrement formées. (L. 40, D., liv. XII, tit. I, *De reb. cred.*; — L. 135, § 1, D., liv. XLV, tit. I, *De verb. oblig.*; — L. 48, D., XXIV, tit. III, *Sol. matr.*; — L. 1, § 2 et § 4, *De edendo.*) Avec le temps et les besoins cette habitude se transforma en coutume générale, si bien que l'on en vint à regarder les solennités de la stipulation comme d'inutiles formalités. Pourvu qu'un

avec leur adversaire, de déduire, le cas échéant, ce qu'ils devaient eux-mêmes de ce qui leur était dû et de ne demander que la différence. Faute de ce faire, ils couraient le risque de la *plus petitio*, qui entraînait pour eux la perte du procès. (Gaius, IV, 64-68.) — Lorsque le contrat intervenu entre l'*argentarius* et son client était un *receptum*, ou mandat particulier aux banquiers, les droits et les obligations des parties étaient sanctionnés par une action spéciale perpétuelle dite *receptitia*. (*Inst.*, liv. IV, tit. VI, *De act.*, § 8; — L. 2, C. liv. IV, tit. XVIII, *De constit. pec.*) Justinien la confondit dans l'action *constitutæ pecuniæ*, en maintenant à cette dernière la perpétuité de l'action réceptice. — Sous le règne du même empereur, les *argentarii* forment une corporation. (Nov. CXXXVI, *De argentar. cont.*) Ce fut également Justinien qui décida que du moment qu'un débiteur aurait approuvé, en y apposant sa signature, un compte présenté par un banquier, il serait absolument lié et ne pourrait plus opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, quand même l'acte, et spécialement la mention de la cause, auraient été rédigés par une main étrangère. Dans ce cas, il ne restait au débiteur d'autre ressource que celle de déférer le serment soit à l'*argentarius*, soit à son héritier, pourvu que le délai de deux ans, accordé pour opposer l'exception, ne fût pas encore écoulé. (Nov. CXXXVI, ch. 5 et 6.)

(1) Esmein, *Des contrats dans le plus ancien droit*, p. 17.

écrit mentionnât que les parties avaient voulu stipuler et promettre, pourvu qu'il reproduisit la formule, on admettait qu'une stipulation régulière avait eu lieu par demande et par réponse. Cette façon nouvelle de comprendre le contrat *verbis*, non seulement s'étendit dans la pratique, mais finit par acquérir toute la force d'une véritable théorie juridique : plusieurs textes de l'époque classique s'y réfèrent, et voici comment le jurisconsulte Paul la formule : « *Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit.* » (Paul., *Sent.*, § 2, liv. V, tit. VII, *De verb. oblig.* — Adde : L. 30, L. 134, § 2, D., liv. XLV, tit. I, *De verb. oblig.*; — L. 4, § 3, D., liv. XXVII, tit. VII, *De fidej. et nomin.*) Si l'écrit indiquait qu'une stipulation était intervenue, on la supposait sans défaut; s'il constatait seulement que le débiteur promettait de donner ou de rendre, on présumait que la stipulation avait eu lieu. — On alla même plus loin : en effet, on devait arriver logiquement, et c'est ce qui eut lieu, à former la plupart des contrats en relatant par écrit un simple pacte et en ajoutant dans l'acte la mention d'une *stipulatio pænæ* contre le débiteur qui violerait la convention. (L. 134 pr., D., *De verb. oblig.*; — L. 7, § 12, D., liv. II, tit. XIV, *De pact.*) Cette pratique commode se recommandait par trop d'avantages pour ne pas se substituer rapidement au formalisme vieilli de l'ancien contrat verbal. Elle conduisait en réalité à rendre obligatoire toute convention constatée par écrit, avec cette seule restriction que, la stipulation supposant toujours la présence des parties, l'acte écrit qui la mentionnait ne pouvait être rédigé *inter absentes*. (Paul., *Sent.*, *loc. citat.*) (1). Encore ce dernier obstacle disparut-il presque entièrement dans le droit de Justinien. (*Inst.*, §§ 12 et 17, liv. III, tit. XIX, *De inutil. stip.*; — L. 14, C., liv. VIII, tit. XXXIII, *De contrat. et comm. stip.*)

(1) Des textes de l'époque classique parlent déjà de stipulation *in epistolis*. (L. 57, D., liv. XXIV, tit. I, *De don int. v. et ux.*) Mais il ne s'agit là très probablement que d'*epistolæ inter presentes emissæ*, sorte de titre rédigé d'avance, que l'une des parties remettait à l'autre. (C., I. liv. VIII, tit. XXXVIII, *De contrah. et commit. stip.*)

58. — Nous nous proposons d'étudier ici, non la forme des différents actes écrits, mais les règles auxquelles était soumise leur production en la qualité de moyens de preuve. Or, nous avons déjà exposé, à propos de la preuve testimoniale (*sup.*, n^{os} 32 et s.) : — 1^o les cas dans lesquels la preuve par témoins était exclue pour ne laisser place qu'à la preuve écrite ; — 2^o les règles d'après lesquelles était résolu le conflit lorsque la preuve littérale était combattue par des témoignages, et inversement. — Nous avons vu par là même dans quelles hypothèses et à quelles conditions des actes écrits, publics (1)

(1) Nous empruntons à l'excellent ouvrage de M. Bonnier (*Traité des preuves*, n^o 461, 5^e édit.) la note suivante qui rend bien le compte le plus exact du caractère et de la valeur de certains titres écrits, qualifiés souvent par les textes *acta publica* ou *publice confecta*, et que l'on serait tenté, par suite, de regarder comme des actes publics, au sens moderne du mot.

« Il y avait bien à Rome des tabellions qui, établis au forum, rédigeaient, sur la demande des parties, des écrits constatant leurs conventions. Mais ces écrits, même dans le dernier état du droit, lorsque l'écriture avait acquis une grande importance, n'avaient pas l'autorité qui s'attache à nos actes notariés. Il fallait que le tabellion vint lui-même reconnaître l'écriture et en affirmer avec serment la sincérité; s'il était mort, on appelait les témoins qui avaient assisté à l'acte et on procédait à une vérification d'écritures. (Nov. 44 et Nov. 73, ch. 7.) On voit que les actes des tabellions, *scripturæ forenses*, n'offraient aux parties qu'une garantie extrêmement imparfaite. Ce n'était, en définitive, que la preuve testimoniale appliquée à la confection de l'acte, dont le tabellion et les témoins venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait. Quant aux *notarii*, ce n'étaient pas des officiers ayant mission de recevoir les conventions des parties; c'étaient de simples scribes, ordinairement des esclaves publics, qui écrivaient en abréviations (*notis*, d'où est venu leur nom) des actes de toute nature. Il y en avait d'attachés aux tabellions, comme aux magistrats. Ils rédigeaient le brouillon, que le tabellion mettait ensuite au net, *in mundum*. (L. 17, C., *De fid. instrum.*) C'est de ces *notarii* que parle Paul dans la loi 40 pr., D., *De testam. mil.* : « *Lucius Titius miles testamentum scribendum notis dicitavit, et, antequam litteris præscriberetur, vita defunctus est.* » — Cet emploi n'avait pas plus d'importance que n'en a aujourd'hui celui de sténographe. — Dans le dernier état de la législation romaine, on imagina un moyen de suppléer à l'authenticité que les tabellions n'avaient pas mission de conférer. Ce fut l'*insinuation*, qui consistait à déposer, entre les mains du *magister census* à Rome et à Constantinople, des magistrats municipaux dans les provinces, les *instrumenta* dont on voulait mettre la sincérité à l'abri de toute contestation. Ce dépôt que faisaient de l'écrit original les parties intéressées dispensait de toute vérification ultérieure. Il ne fallait alors ni tabellion, ni témoins; l'intervention de l'autorité publique assurait à elle seule la foi de l'acte qui lui était confié : « *Superfluum est*, dit Zénon (L. 34, C., *De donat.*), *privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant.* » L'utilité de ces *scripturæ publicæ* se fit si bien sentir dans les derniers temps que Justinien ordonna la création d'archives dans toutes les villes où il n'en existait pas encore. (Nov. 15, chap. 5, § 2.) — M. Bonnier ajoute : « Justinien (L. 20, C., *De fid. instr.*) appelle aussi *publice confecta* les actes des tabellions; mais il prend alors le mot de *publice* dans un sens matériel, pour désigner les rédactions faites au *forum*. Dans son sens technique, au contraire, ce mot veut dire au nom de l'autorité

ou privés, se trouvaient appelés, à l'exclusion de tout autre mode de preuve, à faire pleine foi en justice. — Il ne nous reste donc qu'à donner un aperçu de la procédure spéciale à l'administration de la preuve écrite.

59. — La preuve écrite résultait d'actes désignés sous le nom générique d'*instrumenta* (1) ou de *scripturæ* (L. 4, D., liv. XXII, tit. IV, *De fid. instr.*) et plus spécialement appelés *epistolæ*, *cautiones*, *securitates*, *acceptilationes*, *apocha*, *antapocha* (2), *tabulæ emptionum*, *liber rationum*, *codices*, *nomina transcriptitia*, *chyrographa*, *syngraphæ*, *arcaria nomina*. — Ces différents actes n'étaient en principe soumis à aucune forme particulière: il n'était même pas nécessaire qu'ils fussent écrits de la main des parties ou de l'une d'elles (*Inst.*, liv. III, tit. XXIII, *De empt. et vend. pr.*; — L. 11, C., liv. VIII, tit. XVIII, *Qui pot. in pign. hab.*) pourvu qu'ils fussent revêtus de la signature des intéressés. (L. 126, § 2, D., liv. XLV, tit. I, *De verb. oblig.*; — *Inst.*, liv. III, tit. XXIII, *loc. cit.*; — L. 11 précit., C., *Qui pot. in pign. hab.*) Cependant sous le règne de Néron un sénatusconsulte décida qu'afin d'éviter les falsifications, les titres devraient désormais, à peine de nullité, consister en feuilles ou tablettes traversées et réunies en haut et vers le milieu de la marge par un triple fil, scellé d'un cachet de cire en présence de témoins, de façon que l'intégrité du lien attestât la sincérité du contenu. (Suétone, *V. Néron.*, ch. xvii; — Paul, *Sent.*, § 6, liv. V, tit. XXV, *Ad leg. Corn. test.*) (3). En l'année 528, Justinien

publique. C'est ainsi que certains jurisconsultes avaient le droit de répondre *publice*, c'est-à-dire officiellement. (*Inst.*, *De jur. nat. gent. et civ.*, § 8.) Les actes insinués sont les seuls qui soient *publics* en ce dernier sens.»

(1) Dans un sens étendu, le terme *instrumenta* s'applique même aux témoignages. (L. 1, D., *De did. instr.*)

(2) L'*apocha* était le reçu ou quittance délivré par le créancier au débiteur, et l'*antapocha*, au contraire, un acte de cette quittance remis au créancier par le débiteur pour que ce dernier ne pût, en niant le paiement de ses redevances, invoquer la prescription. (L. 19, C., liv. IV, tit. XXI, *De fid. instrum.*)

(3) Les prescriptions du sénatusconsulte étaient facilement éludées par l'emploi de lettres, *epistolæ*, forme que prenaient très souvent les actes écrits. (L. 5, § 3, L. 24, L. 26, D., liv. XV, tit. V, *De pec. const.*; — L. 37, D., liv. VIII, tit. III, *De servit. præd. rustic.*; — L. 26, § 2, L. 28, D., liv. XVI, tit. III, *Depos.*; — L. 34, D., liv. XX, tit. I, *De pign. et hyp.*; — L. 60, § 1, L. 62, § 1, D., liv. XVII, tit. I, *Mandati*; — L. 45, D., liv. XXVI, tit. III, *Sol. matr.*; — L. 57, D.,

voulut de plus que, pour les emprunts de sommes excédant cinquante livres d'or, le contrat de prêt ou la quittance portassent la signature de trois témoins. (L. 17, C., liv. IV, tit. II, *Si cert. pet.*) — Par la suite cette innovation fut étendue à tous les autres contrats. (Nov. 73, ch. 4, *De instr. caut. et fid.*)

Quant à la date, elle n'était pas indispensable, si ce n'est lorsqu'il s'agissait de comptes. (L. 1, § 2, D., liv. II, tit. XIII, *De edendo.*)

60. — La partie qui avait l'intention de produire devant le juge des actes écrits devait les présenter au moins en copie dès le début de l'instance, c'est-à-dire lors de l'*actionis editio*. (L. 1, §§ 1 et 3, D., *De edendo.*) — Au surplus, pour qu'un plaideur eût le droit de produire un titre écrit, il fallait qu'antérieurement il n'y eût pas eu de sa part renonciation formelle, et officiellement constatée, à la preuve émanant de l'acte. (L. 3, C., liv. IV, tit. XXI, *De fide instr.*)

61. — Lorsque l'acte écrit était l'œuvre de celui-là même qui se proposait de le faire servir à sa prétention, aucune valeur ne lui était reconnue comme moyen de preuve. (L. 5, 6, 7, C., liv. IV, tit. XVIII, *De probat.*) — Pourtant si la partie qui invoquait une preuve écrite, rédigée par elle-même, réclamait l'acquiescement d'une dette, qu'elle aurait eu seule le droit de faire ou de ne pas faire naître, l'acte recouvrait alors toute son autorité. Ainsi, qu'une mère ou une aïeule réclament au fils ou au petit-fils qu'elles ont élevé les aliments par elles fournis, comme il appartient à cette mère ou à cette aïeule d'imputer les aliments sur leur propre patrimoine ou sur celui de l'enfant qui les a reçus, l'acte émané de leur main constituera une preuve valable de la créance qu'elles allèguent. (L. 34, D., liv. III, tit. V, *De negot. gest.*)

Au contraire, l'écrit faisait preuve complète lorsqu'il contenait l'aveu de l'obligation de son auteur (L. 26, § 2, D., liv. III, *Depositi*), à moins que celui-ci ne déniât son écriture, auquel cas il y avait lieu de vérifier l'authenticité du titre,

liv., XXIV, tit. 1, *De don. int. vir. et ux.*; — L. 16, L. 27, L. 32, L. 3, D., liv. XXXIX, tit. V, *De donat.*)

soit par témoins, soit par la *comparatio litterarum*, soit par les deux moyens à la fois et conformément aux règles que nous exposerons plus bas. — Ajoutons dès maintenant que le plaideur qui se trouvait, par suite de la vérification, convaincu d'avoir faussement dénié son écriture, était condamné à une amende de vingt-quatre *solidi*, et de plus déclaré déchu de la faculté d'invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, lorsqu'il avait contre lui les attestations des témoins signataires de l'acte. (L. 16 pr., C., *De fide instrum.*) — La Novelle XVIII (ch. 8, *Si quis prolat. man. s. neg.*) substitua à l'amende des vingt-quatre *solidi* celle du double de la valeur réclamée.

62. — Les écrits qui rapportaient uniquement les déclarations de tierces personnes n'avaient qu'une très faible valeur, même après la constatation de leur authenticité. Ces écrits restaient en effet des *res inter alios actæ* : il n'y a donc là que l'application d'un principe général, dont on peut constater l'intervention dans beaucoup d'autres hypothèses. (L. 22, D., liv. XI, tit. I, *De interr. act.* ; — L. 6, § 3, D., liv. XLII, tit. II, *De confess.*) — Cependant le titre privé d'hypothèque faisait foi, jusqu'à preuve contraire, contre les autres créanciers hypothécaires du moment qu'il était signé par trois témoins irréprochables. (L. 11, C., liv. VIII, tit. XVIII, *Qui pot. in pign. hab.*) — Au surplus, personne n'était obligé de donner à une partie communication de ses titres, lorsque la communication n'était demandée que pour se procurer un moyen de preuve. Le demandeur lui-même ne pouvait être astreint à communiquer ses pièces au défendeur qui les invoquait pour appuyer ses exceptions, et réciproquement pour le défendeur à l'égard du demandeur. (LL. 4 et 8, C., liv. II, tit. II, *De edendo* ; — L. 7, C., liv. IV, tit. XX, *De testib.*) On n'admettait d'exception à cette règle que dans les questions de prêts d'argent, chaque plaideur ayant alors le droit de prendre connaissance des comptes (*rationes*) de son adversaire. (L. 5, L. 6, C., *De edendo.*) D'autre part il pouvait se faire que la communication des

titres fût imposée par les principes mêmes du droit civil. Il en était ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agissait de *cautiones hereditariæ*, dont la communication était réclamée par l'un des héritiers au cohéritier détenteur desdites pièces ; ou bien encore si le requérant pouvait appuyer sa réclamation d'une action *ad exhibendum*, en prouvant que les actes avaient été écrits sur des registres lui appartenant. (L. 5, L. 8 pr., D., liv. X, tit. II, *Fam. ercise.* ; — L. 3, § 14, D., liv. X, tit. IV, *Ad exhib.*) (1).

Enfin, lorsque le fisc était poursuivi en justice, il avait le droit d'exiger de celui qui l'actionnait la production de tous les titres relatifs à la cause. (L. 3, D., *De edendo* ; — L. 2, §§ 1 et 2, D., liv. XLIX, tit. XIV, *De jure fisci*.)

63. — Telles sont les règles observées jusqu'à Justinien. En matière de communication de pièces ce prince introduisit deux innovations, dont la première est la plus importante.

1° Il décida que le tiers appelé en justice pour produire un titre dans une cause où il n'aurait aucun intérêt engagé devrait être mis sur la même ligne que celui que l'on provoque au témoignage ; — que par conséquent il ne pourrait refuser de présenter son titre à celui qui le ferait citer dans ce but, que dans le cas où, étant appelé comme témoin, il aurait le droit de ne pas déposer ; — que, faute d'exhiber l'acte en sa possession, il pourrait être condamné à dédommager le requérant du tort que lui ferait éprouver le défaut de production ; — qu'enfin le prétendu possesseur d'un titre écrit pourrait échapper à l'obligation de le produire en jurant qu'il n'avait pas entre ses mains le titre demandé ou que la communication de ce titre lui causerait à lui-même un grave préjudice (L. 22, C., liv. IV, tit. XXI, *De fide instrum.*) ;

2° Il permit au plaideur contre qui un titre aurait été une

(1) LL. 4, 6, C., liv. III, tit. XLII, *Ad exhib.* ; — L. 9 pr., D., liv. XXII, tit. IV, *De did. instr.* — L. 8 pr., D., liv. XVII, tit. I, *Mandat.* ; — L. 52 pr., D., liv. XIX, tit. 1, *De act. empt., vend.* ; — L. 1, § 3, D., liv. XXVII, tit. III, *De tutel.* ; — D., liv. XLIII, tit. V, *De tab. exh.* ; — L. 24, C., liv. VI, tit. XLII, *De fideic.*

première fois produit d'en exiger à nouveau la communication, pourvu qu'il affirmât sous serment qu'il voulait l'attaquer en faux. (L. 21, C., *De fide instrum.*) (1).

64. — La partie qui présentait une preuve littérale à l'appui de son allégation devait établir l'authenticité de l'acte invoqué, dès qu'elle était contestée. (L. 4, C. Théod., liv. XI, tit. XXXVIII, *De fid. test.*; — L. 24, C., liv. IX, tit., *Ad leg. Corn. de fals.*) C'était ensuite à celui qui déniait la valeur du titre à en démontrer la fausseté. (L. 24 précit., C., *Ad leg. Corn. de fals.*)

Quant à la preuve de la sincérité de l'écriture, elle s'administrait soit par témoins, soit à l'aide de la *comparatio litterarum* (L. 2, § 1, C. Théod., liv. IX, tit. XIX, *Ad leg. Corn. de fals.*; — L. 22, C., *Ad leg. Corn. de fals.*), soit à l'aide de tout autre moyen. « *Ubi falsi examen inciderit, porte la loi 22, C., Ad leg. Corn. de fals., tunc acerrima fiat indagatio argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisque vestigiis varietatis* (2). » Il faut arriver au règne de Justinien pour trouver en cette matière des règles spéciales et exclusives, remarquables surtout par leur obscurité. L'empereur s'occupe principalement de déterminer quels actes pourraient servir de pièces de comparaison. Ainsi, d'après la loi 20, C., *De fide instrum.*, qui est de l'année 530, les titres privés signés par trois témoins dont deux au moins auraient reconnu leur signature, et les actes publics (*forensia vel publica*) devaient seuls intervenir dans la *collatio litterarum*; tout autre acte privé était rigoureusement exclu, lors même qu'il aurait été produit par la partie contre laquelle se faisait la vérifica-

(1) Il semble bien résulter de deux constitutions (L. 2, C., liv. VIII, tit. XLIX, *De emanc. lib.*; — L. 40, C., liv. VIII, tit. LIV, *De don.*), qui ne font aucune distinction entre les titres écrits *non insinués* et les titres *insinués*, que même ces derniers permettaient la preuve contraire, au moins en ce qui concerne l'existence réelle de l'acte qu'ils mentionnaient. (*Non tam scriptura, quam veritas rei considerari solet.*) (Comp.: L. 6, C., liv. VII, tit. LII, *De re judic.*; — L. 30, C., liv. VIII, tit. LIV, *De don.*)

(2) Si les pièces produites par la même partie étaient contradictoires, la vérification devenait inutile, les titres s'annihilaient entre eux : « *Scripturæ diversæ fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatae, nihil firmitatis habere poterunt.* » (L. 14, C., *De fid. instrum.*)

tion. De plus, les experts chargés de l'examen des titres étaient astreints à la prestation du serment « *quod neque lucri causâ, neque inimiciis, neque gratia tenti, hujusmodi faciunt comparationem* ». — Cependant, en 536, il est de nouveau permis de faire servir comme pièces de comparaison des titres privés, pourvu qu'ils soient pris parmi ceux que l'adversaire invoque en sa faveur ou qu'ils soient tirés des archives publiques. (Nov. 49, ch. 2, *Ut ex sol. doc. publ. celebr.*) Enfin, quelques années plus tard, en 539 ou 540, Justinien croit devoir réunir et détailler en une longue Novelle les règles précédemment édictées; en dernier lieu, il impose à celui qui demande la vérification des écritures l'obligation de prêter le serment, « *quia non aliam idoneam habens fidem, ad collationem instrumentorum venit: nec quicquam circa eam egit aut machinatus est quod possit forte veritatem abscondere* ». (Nov. 73, *De instr. caul. et fid.*; V.: pr., c. III et c. VII.) (1).

65. — Les principes que nous venons d'exposer sont communs aux actes écrits en général. Mais certains de ces actes méritent de nous arrêter plus particulièrement; car ils présentent le double caractère de constituer, en même temps qu'un moyen de preuve, une source d'obligations, et d'être soumis à des règles différentes suivant qu'on les envisage sous l'un ou l'autre de ces deux aspects: nous voulons parler des écrits connus sous le nom de *nomina transcriptitia* (2). — Le *nomen transcriptitium* est, comme on le sait, l'écrit qui sert à former entre Romains le contrat *litteris* (Gaius, III, 128-134), et nous nous bornerons à rappeler sur

(1) Dans la Nov. 119 (ch. 3, *Ut non alit. cred. instr.*), Justinien décide également que les mentions d'un titre, insérées dans un autre titre, ne donnent par elles-mêmes aucune force probante aux dispositions de l'acte ainsi relaté. — Il ne fait d'ailleurs qu'appliquer un principe admis déjà par les jurisconsultes. (L. 31, D., liv. XXII, tit. III, *De probat.*) — Il est probable néanmoins qu'on accordait à ces mentions, comme aux copies de titres, quelque créance lorsque l'original avait péri. (Arg. L. 11, C., *De fid. instrum.*)

(2) Des *nomina transcriptitia* on doit rapprocher les *chirographa* et les *syngraphæ*. (Gaius, III, § 134.) Mais ces actes, au moins lorsqu'ils interviennent entre Romains, ne peuvent servir qu'à prouver l'obligation préexistante. (L. 47, § 1, D., liv. II, tit. XIV, *De pact.*; — L. 41, § 2, D., liv. XXII, tit. I, *De usur.*; — L. 31, D., liv. XXIII, tit. III, *De prob.*; — L. 59, D., liv. XXXII, *De leg.*, 3^o.)

ce premier point : — 1° qu'il suppose des écritures rédigées par le créancier et consistant à porter sur un registre spécial, *codex accepti et expensi* (Cicéron, 2° act. *In Verr.*, I, 35; — *Pro Roscio*, §§ 1-5), une mention qui constate, soit dans la *transcriptio a persona in personam*, soit dans la *transcriptio a re in personam*, d'abord un *acceptum*, c'est-à-dire le paiement d'une dette préexistante, puis un *expensum*, c'est-à-dire un prêt, fictifs (Gaius, III, 129-130; — Cicéron, *Pro Roscio*, § 2); — 2° qu'il n'exige aucune écriture du côté du débiteur et que seul le créancier est tenu de porter l'opération sur son *codex*. (Gaius, III, §§ 129-120, précit.) — Moyennant l'observation de ces règles, le contrat *litteris* est parfait et donne naissance à une obligation.

Au contraire les conditions de validité se modifient et deviennent un peu plus compliquées lorsque les *nomina transcriptitia* sont invoqués, non comme sources d'obligations, mais comme moyens de preuve. Cette différence est d'ailleurs des plus rationnelles. En effet, quand il s'agit de prouver l'existence de l'obligation *litteris*, il est nécessaire d'établir deux faits distincts : l'un, spécial au contrat *litteris*, savoir : l'observation de certaines solennités, l'inscription de la formule consacrée sur le registre du créancier; l'autre commun à toutes les obligations, savoir : le consentement du débiteur. Le premier va se justifier matériellement par l'apport du *codex* portant l'inscription; mais, si le second est dénié, le bon sens indique que toutes les écritures possibles seraient insuffisantes à le prouver, du moment qu'elles émanent de celui-là seul qui se prétend créancier. « *Suum codicem testis loco recitare arrogantiae est*, » dit Cicéron dans son plaidoyer *Pro Roscio*, § 3. Aussi, pour établir le consentement du débiteur, doit-on avoir recours aux moyens de preuve légaux, entre autres au témoignage (1); et si l'on veut s'appuyer sur une preuve littérale, la plus régulière, la plus naturelle que l'on puisse fournir, est une mention dans les livres du débi-

(1) C'est ce qui explique que souvent on faisait écrire les *nomina transcriptitia* en présence de témoins *ad hoc*, appelés *Pararii*. (Senèque, *De benef.*, liv. III, § 15, et l. II, § 23.)

teur correspondant à l'inscription de l'*expensilatio* portée sur le *codex* du créancier. (Cicéron, *Pro Roscio*, § 1.) (1). De même en effet que dans la stipulation le consentement du débiteur se trouvait invinciblement prouvé par sa réponse affirmative à l'interrogation, dans l'obligation *litteris* la mention constatée sur le registre du débiteur établissait d'une manière péremptoire son adhésion à la *transcriptio* sur le *codex* du créancier. Mais, nous le répétons, dans le contrat *litteris* la preuve seule est intéressée à la comparaison des livres des deux adversaires et c'est bien là ce que confirme le passage suivant de Cicéron : « *Æque enim tabulæ condemnantur ; ejus qui verum non retulit et ejus qui falsum præscripsit.* » (*Pro Roscio*, § 1.) En définitive, on devra condamner les tables infidèles : celles du débiteur s'il n'a pas porté sur son registre le *nomen* à l'égard duquel on administre par un moyen quelconque la preuve de son consentement ; celles du créancier, s'il a inscrit sur son livre un *nomen*, sans être en état de prouver l'autorisation concomitante de celui à qui il l'attribue.

66. — Tels sont les principes en vigueur au cours de la période classique. Il nous reste une dernière question à examiner. L'écriture a-t-elle conservé à l'époque de Justinien le double pouvoir de faire naître, dans certaines hypothèses, l'obligation dont elle procure en même temps la preuve, ou bien ne peut-elle jamais intervenir que comme moyen de prouver une obligation préexistante ? Nous remarquerons en premier lieu que, si le contrat *litteris* existe encore au bas-empire, il est complètement transformé : l'usage du *codex* et des *nomina transcriptitia* a disparu et ni le Digeste, ni le Code n'en conservent la trace. Nous pourrions donc retrouver dans le droit de Justinien le contrat *litteris*, mais ce sera sous une forme absolument nouvelle et qui ne rappellera

(1) « Le moyen de preuve régulier, dit M. Ortolan, c'était la concordance des deux registres : moyen tout à fait dans l'esprit de ce genre de contrat dont l'utilité devait être d'éviter la nécessité de toute autre preuve. Voilà pourquoi ne pas opérer l'inscription sur son registre, c'était, de la part du débiteur, un acte d'improbité. » (*Explicat. des Institutes*, t. II, p. 222, 4^e édit.)

en rien les anciennes solennités. C'est même en ce sens que l'on doit entendre, à notre avis, un passage fort discuté des Institutes : « *Olim scriptura fiebat obligatio quæ nominibus fieri dicabatur : quæ nomina hodie non sunt in usu.* » (Liv. III, tit. XXI, *De litterar. oblig. pr.*) — Voici maintenant dans quelle hypothèse notre question se pose. Il arrivait souvent qu'une personne, avant même d'avoir reçu une somme à titre de prêt, signait une reconnaissance écrite par laquelle elle s'engageait à rembourser la somme qui devait lui être comptée. Mais, si le prêteur était peu scrupuleux, il pouvait, une fois mis en possession de l'écrit, refuser le versement des espèces et néanmoins poursuivre en remboursement le signataire de l'acte. Pour combattre ce genre de fraude les empereurs du troisième siècle permirent au prétendu débiteur d'opposer à l'action en paiement l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et de mettre ainsi à la charge du pseudo-créancier l'obligation de prouver le fait matériel de la numération : l'exception *non numeratæ pecuniæ* n'était, il est vrai, à la disposition du débiteur que dans les cinq ans et, depuis Justinien, dans les deux ans qui suivaient la rédaction du billet⁽¹⁾. Passé ce délai, le débiteur était lié, sans même qu'il lui fût permis d'administrer la preuve contraire. Or, y a-t-il là un contrat *litteris* et le débiteur poursuivi est-il obligé *ex scripturâ* ? L'affirmative semble bien admise par les Institutes (liv. III, tit. XXI pr.) Au contraire, la majorité des auteurs modernes répondent négativement. Dans cette opinion, le fait de ne plus pouvoir au bout d'un certain temps opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* signifie seulement que, passé ce délai, la preuve résultant d'un écrit est réputée inattaquable. « Singulier contrat, en vérité, s'écrie un des plus autorisés « défenseurs de cette doctrine, qui se formerait après deux « ans seulement et sans accord de volonté ! En vain allègue-t-on que, si le débiteur n'eût rien écrit, l'action serait impossible. Cela est vrai ; mais n'est-il pas vrai aussi que

(1) Mais par une dénonciation faite dans les deux ans le débiteur pouvait rendre l'exception perpétuelle. (L. 14, C., liv. IV, tit. XXX, *De n. num. pec.*)

« cette action trouve sa base dans le *mutuum*, dont l'écriture n'est que le témoignage, plutôt que dans l'écriture elle-même ? En un mot, il y a un délai pendant lequel la numération ne peut être établie que par des preuves indépendantes de l'écrit, et passé lequel l'écrit suffit au contraire à la prouver d'une manière invincible. L'expiration des deux ans n'agit donc que sur la preuve et non sur la cause du droit. Aussi ne vois-je dans le prétendu contrat *litteris* de Justinien qu'un hommage puéril à l'ancienne classification. La pratique de son temps ne lui offrait que trois sortes de contrats, mais, pour suivre Gaïus, il lui en fallait quatre : l'imagination de Tribonien lui a fourni la quatrième (1). »

67. — Peut-être encourrons-nous le reproche adressé à Tribonien ; nous avouons cependant que cette argumentation, quelque savante qu'elle soit, n'arrive pas à nous convaincre et nous croyons au contraire que, loin de trouver sa raison d'être unique dans l'imagination d'un jurisconsulte, la reconnaissance du contrat *litteris*, tel que nous le présente Justinien, était imposée par les principes mêmes du droit. — En effet, si nous considérons tout d'abord l'hypothèse où l'action était intentée dans le délai de deux ans, l'obligation que doit nécessairement invoquer le créancier pour baser sa poursuite ne peut résulter que d'un *mutuum* préalable ou d'un acte écrit. D'autre part, Justinien accordant une exception pour lutter contre la réclamation du prétendu créancier, nous sommes amenés à conclure que la demande est fondée *jure civili*, puisque c'est là ce que supposent toujours les exceptions. (Gaïus, IV, § 416 ; — *Inst.*, liv. IV, tit. XIII, pr. et § 2.) Où donc le droit civil va-t-il trouver un fondement à l'action ? Est-ce dans le *mutuum* ? Évidemment non, puisque, si l'on impose au demandeur de prouver la réalisation effective du prêt, c'est que toute présomption en sa faveur est écartée, c'est que le *mutuum* est regardé comme n'existant pas jusqu'à ce que le demandeur administre la preuve contraire.

(1) Accarias. *Précis de Dr. romain*, t. II, p. 403, 3^e édit.

Que reste-t-il alors qui puisse servir de base à la demande, d'où puisse résulter *jure civili* l'obligation? Un seul fait: l'écrit. Car, nous le répétons, l'alternative s'impose: le droit civil admet l'existence d'une obligation, sans cela l'exception n'aurait pas à intervenir; or cette obligation ne peut avoir sa cause que dans une présomption de numération, c'est-à-dire de *mutuum*, ou dans le titre écrit. Le *mutuum* est réputé n'avoir pas eu lieu; l'écrit forme donc, *stricto jure*, la seule cause de l'obligation, et cela jusqu'à ce que le demandeur, faute de pouvoir administrer sa preuve, soit convaincu de mensonge; alors en effet le titre lui-même perdra toute sa valeur. Maintenant, quel effet va produire l'expiration du délai de deux ans? La réponse nous est fournie par la doctrine même que nous combattons. Pendant le délai, la numération ne peut être établie que par des moyens de preuve indépendants de l'écrit, de même que dans le contrat *litteris* proprement dit, celui de l'époque classique, le créancier n'était pas admis à prouver par la simple production de son *codex* le consentement du débiteur. Dans le contrat *litteris*, tel que nous le présente Justinien, le créancier n'a plus à établir le consentement du débiteur: il résulte de la signature apposée sur la reconnaissance. Mais il a à prouver l'existence d'un autre élément, d'une autre condition, la numération loyale des espèces. Eh bien! si le débiteur est resté deux ans sans protester, sans dénoncer la fraude, sans intenter une *condictio* qui mette son adversaire en demeure de lui restituer le billet ou de lui verser la somme promise (L. 7, C., *De non num. pec.*), ce silence, joint à la présence de l'écrit entre les mains du créancier, sera regardé comme la meilleure preuve de la numération, c'est-à-dire comme un aveu. « *L'expiration des deux ans n'agit donc que sur la preuve, non sur la cause du droit;* » et, dès lors, la conclusion n'est-elle pas inévitable? Si la cause du droit demeure intacte, qui nous la donne, si ce n'est l'acte écrit, le billet, c'est-à-dire le contrat *litteris* transformé, puisque lui seul, avant l'écoulement du délai, constituait la source de l'obligation?

Ainsi les formes et les règles se sont modifiées, la numération fictive de l'époque classique est devenue une numération réelle; mais le droit de Justinien n'en a pas moins conservé, autant que le lui permettaient les exigences de la pratique, cette catégorie d'actes, inconnus dans notre législation, qui servaient à la fois ou successivement, pour une créance, de cause et de moyen de preuve.

Observation.

68. — Il nous resterait à étudier comme dernier moyen de preuve les présomptions admises par le droit romain. Nous préférons renvoyer à notre thèse sur le droit français l'examen de cette matière.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Nos
Fondement de la preuve.....	I
Du rôle du législateur en matière de preuves.....	II
Différents systèmes.....	III
De la preuve dans ses rapports avec le juge.....	IV-XI
Caractère de la preuve en droit romain: Aperçu historique....	XII-XV

SECTION PREMIÈRE.

A QUI DOIT INCOMBER LA CHARGE DE LA PREUVE.

	Nos
De la règle <i>actori incumbit probatio</i>	1
De la marche de la preuve dans la procédure des <i>legis actiones</i>	1-5
Du rôle du défendeur.....	6
Exceptions à la règle <i>actori incumbit probatio</i>	7
Exceptions à la règle <i>reus in excipiendo actor fit</i>	8
Etendue et caractère de l'obligation de prouver.....	9-11

SECTION II.

DES MOYENS DE PREUVE.

Moyens de preuve admis par le droit romain.....	12
---	----

CHAPITRE I. — DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

Importance de la preuve testimoniale en droit romain.....	13-14
Du témoignage dans les actes solennels.....	15
A quelles causes peut se rattacher la généralisation du témoignage dans la législation romaine.....	16
Comment fonctionne la preuve par témoins.....	17
§ I. — Des témoins.....	17
A. — Exclusions.....	18
B. — Incapacités.....	19
C. — Dispenses.....	20
Situation spéciale des esclaves.....	21
§ II. — De la forme du témoignage.....	22
Formalités symboliques ; procédure ; délai de comparution ; serment ; audition des témoins ; commissions rogatoires ; enquêtes <i>in futurum</i> ; frais.....	22-27

Peines contre les faux témoins.....	28
§ III. — De la force probante du témoignage.....	29
De la règle <i>testis unus, testis nullus</i>	30
Restrictions apportées à la recevabilité de la preuve testimoniale.....	31-33

CHAPITRE II. — DE L'AVEU JUDICIAIRE.

Nature de l'aveu judiciaire.....	36
Forme de l'aveu.....	37
Condition de validité.....	38
Force probante de l'aveu; des <i>interrogationes in jure</i>	39-40
De la règle <i>confessus pro judicato habetur</i>	44
De l'indivisibilité absolue de l'aveu.....	42-43

CHAPITRE III. — DU SERMENT.

Du serment aux différentes époques de la civilisation romaine.....	44
Définitions.....	45
§ I. — Notion du <i>jusjurandum necessarium</i>	46-47
§ II. — Conditions de validité du <i>jusjurandum necessarium</i> . — Règles de forme et règle de fond.....	48-50
§ III. — Effets de la délation du <i>jusjurandum necessarium</i> et de sa prestation.....	51-55
§ IV. — Appendice : Du <i>jusjurandum judiciale</i>	56

CHAPITRE IV. — DES ACTES ÉCRITS.

Historique.....	57
Renvoi à l'étude de la preuve testimoniale.....	58
Différentes espèces d'actes écrits et règles de forme.....	59-60
Conditions auxquelles était subordonnée la force probante des actes écrits; — innovations de Justinien; — procédure; — vérification.....	61-64
Règles spéciales aux <i>nomina transcriptitia</i>	65
Leur double caractère à l'époque classique et dans le droit de Justinien.....	65-67
Observation relative aux présomptions.....	68

DROIT FRANÇAIS

—

ESSAI

SUR LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES

EN MATIÈRE CIVILE

AVANT-PROPOS

I. — Nous avons divisé cette étude en deux parties, suivies d'une conclusion.

Dans la première partie, consacrée à l'exposé et au développement des principes généraux, nous chercherons à dégager la notion rationnelle des présomptions légales et à présenter en quelque sorte le tableau de leur fonctionnement dans notre système de preuves. Dans ce but, nous commencerons par étudier la définition générale posée par l'art. 1349 ; et, après avoir fait ressortir la différence qui sépare les présomptions ainsi définies de tout autre moyen de preuve, nous aborderons la définition spéciale que nous donne l'art. 1350, al. 1, des présomptions de la loi ; ce qui nous permettra d'examiner immédiatement quelques-unes des principales difficultés qu'entraîne leur application.

Les définitions commentées, nous essaierons de justifier l'admission, dans une législation, de ce genre particulier de preuves ; puis, nous attachant spécialement au droit français, nous exposerons la classification que comportent les présomptions légales, suivant leur degré de force probante, en présomptions légales ordinaires et en présomptions légales absolues et par là même nous serons naturellement amenés à poser la question de savoir, en premier lieu, à quel signe dans les textes peut se révéler une présomption légale, ainsi qu'une présomption légale de telle ou telle classe ; en second lieu, à quel signe se

distingue la présomption considérée comme moyen de preuve de la présomption qui sert de motif à telle ou telle disposition de loi, par exemple en fait de nullités.

Ces diverses questions feront l'objet d'un premier chapitre.

Dans un second chapitre nous nous attacherons uniquement aux présomptions légales absolues. — Ces présomptions n'admettant pas en principe de preuve contraire, nous aurons à signaler les exceptions à ce principe. Nous ne le ferons cependant que par voie de simple énumération, sauf à les rappeler dans notre seconde partie, à mesure qu'elles se rencontreront, leur connaissance préalable n'étant pas indispensable à l'intelligence des règles générales. Pour le moment, nous nous bornerons donc à rechercher si, la preuve contraire étant exclue sans réserve ou ne pouvant s'administrer que par certains moyens spécialement déterminés, l'aveu et le serment judiciaires ne peuvent pas néanmoins être invoqués contre la présomption légale, et dans quelle mesure ils le peuvent.

II. — Notre seconde partie est réservée à l'examen d'un assez grand nombre de présomptions appartenant au droit civil, examen précédé d'un aperçu rapide des principales présomptions légales admises par le droit romain et par notre ancien droit. Mais en outre, avant de passer en revue les différentes matières réglementées dans notre Code civil, nous aurons tout d'abord à signaler quelques présomptions légales communes au droit privé et au droit public, et ensuite à nous demander, pour n'y plus revenir, si l'aveu et le serment judiciaires ne doivent pas être exclus, contrairement à l'énumération de l'art. 1350, du nombre des présomptions légales. A cette première question nous joindrons une observation connexe sur l'autorité de la chose jugée.

A la suite des présomptions tirées du droit civil pur, nous en citons un certain nombre empruntées au Code de commerce : la relation du droit commercial privé avec le droit civil proprement dit est en effet tellement étroite que ces deux droits se complètent mutuellement.

Nous aurions également voulu nous arrêter, au moins dans une certaine mesure, sur les présomptions du droit pénal ; mais l'étendue déjà considérable de notre sujet nous imposerait de traiter cette matière très sommairement, tout en restant suffisamment complets, et, nous l'avouons, la difficulté nous paraît au-dessus de nos forces. Aussi nous contenterons-nous d'étudier dans une note la question de savoir si les présomptions légales du droit privé conservent leur application devant les tribunaux de répression.

III. — Apprécier et critiquer certaines présomptions légales, les présomptions *juris et de jure*, montrer que toute présomption légale devient insuffisante et dangereuse, froisse la logique et la morale, dès qu'on la soustrait au contrôle de la preuve contraire, tel est le but que nous avons poursuivi dans notre conclusion. Nous terminons en émettant le vœu qu'une réforme efficace vienne, non pas bouleverser, mais améliorer l'organisation actuelle des présomptions légales.

Est-il besoin d'ajouter que nous réclamons pour cet essai toute l'indulgence de nos maîtres. Seuls, leurs bienveillants encouragements nous ont permis de l'entreprendre, et néanmoins, devant le résultat obtenu, nous ne pouvons nous empêcher de penser que peut-être nous aurions agi plus sagement en laissant à d'autres, plus autorisés, le soin de le mener à bonne fin :

Sumite materiam vestris, qui scribilitis, æquam
Viribus... (1).

(1) Horace, *Ars. poet.*, v. 38.

ESSAI
SUR LES
PRÉSUMPTIONS LÉGALES
EN MATIÈRE CIVILE

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES COMMUNES AUX DIFFÉRENTES CLASSES DE PRÉSUMPTIONS LÉGALES

SECTION PREMIÈRE

Notion de la présomption légale.

1. — En présence d'un phénomène dont l'observation lui a révélé les causes, l'homme est porté à conclure que le même phénomène se reproduira dès que les mêmes causes se trouveront de nouveau réunies. Il se laisse en quelque sorte diriger par l'idée qu'il y a dans la nature des cas parallèles, que ce qui arrive une fois arrivera encore dans des circonstances suffisamment semblables et de plus arrivera aussi souvent que les mêmes circonstances se représenteront; dans l'état actuel de l'esprit humain on serait presque admis à voir là comme une tendance originelle, un élément de nos facul-

tés pensantes. Aussitôt qu'elle généralise, l'intelligence se borne le plus souvent à inférer de quelques cas particuliers où un phénomène est observé qu'il se rencontrera dans tous les cas d'une certaine classe, c'est-à-dire dans tous les cas qui ressemblent au premier en ce qu'ils offrent d'essentiel ; en d'autres termes, sans chercher désormais à établir la relation de cause à effet, par cela seul qu'on lui soumet une réunion de causes présentant les unes vis-à-vis des autres un ordre et des rapports semblables à ceux que l'expérience lui a déjà fait connaître, l'intelligence, alors même que l'effet ne s'est pas encore produit ou reste caché, va affirmer l'existence d'un phénomène identique à celui qui, dans les mêmes circonstances, était résultat d'un ensemble identique de causes : c'est la conclusion du connu à l'inconnu. — Appliquée à la nature physique, cette méthode de raisonnement peut conduire à la certitude. Au contraire, étendue aux phénomènes moraux, elle présente, pour des motifs que nous exposerons à la fin de cette thèse, de nombreuses chances d'erreur. Tout au plus permet-elle de présumer l'effet en laissant à l'expérience le soin de justifier la présomption. Et néanmoins, sous peine d'être arrêté à chaque pas par des obstacles insurmontables, on est obligé, surtout dans l'étude des faits sociaux, de se contenter d'une conclusion du connu à l'inconnu, non qu'il soit impossible d'établir en ces matières rien d'universel ni de certain, mais parce que les phénomènes auxquels elles donnent naissance n'ont été, jusqu'ici, que bien rarement examinés au point de vue de la science pure ; maintenant même c'est à peine si la science sociale a cessé d'être dans l'état misérable que Bacon signalait comme l'état naturel des sciences, tant que la culture en est abandonnée aux praticiens et que, n'étant pas étudiées spéculativement, mais seulement en vue des besoins de la pratique journalière, on vise aux *experimenta fructifera*, à l'exclusion presque complète des *lucifera*.

2. — Entre toutes les sciences morales, c'est peut-être en législation que la méthode de recherche par inférence du

connu à l'inconnu reçoit le plus grand nombre d'applications, et, s'il nous était permis de prendre ici l'expression *présomptions légales* dans le sens étendu de *conjectures* ou *probabilités rationnelles*, se référant d'une manière générale aux institutions et aux lois, nous pourrions dire que, dès qu'un peuple commence à s'organiser, il s'enveloppe de présomptions légales. Jusqu'à leur abrogation nous observons les lois par présomption de leur équité ou de leur utilité; nous respectons les différents pouvoirs publics, nous leur obéissons par présomption de leur capacité et de leur honorabilité; et les peines mêmes qui punissent les infractions reposent, aux yeux de la majeure partie des individus, sur la conjecture que ces peines ont été édictées et prononcées avec justice. Les événements les plus considérables, évolutions ou révolutions, qui renouvellent ou bouleversent la vie des sociétés, ne font que déplacer les bases de pareilles présomptions; l'humanité, à la poursuite du bien-être matériel ou moral, progresse, répare ou reconstruit son édifice social; mais il est rare de voir sa marche en avant s'éclairer d'une certitude; plus fréquemment elle doit se contenter de suivre le chemin qu'elle présume être le meilleur.

Dans le droit privé, la plupart des lois ou des dispositions de lois s'expliquent par des présomptions. Ainsi, nous sommes déclarés ne pas avoir la pleine intelligence de nos actes avant un certain âge fixé par la loi d'une manière invariable, et l'avoir immédiatement après (art. 388 et 488 C. civ.); nous sommes tenus pour capables ou incapables sous l'empire de présomptions tirées de circonstances ou de situations particulières (art. 912, 1124, 1395, 1397, 1840); toutes les conventions, en principe, lorsqu'elles sont organisées ou réglées à l'avance par le législateur, ne le sont que par conjecture de la volonté des parties qui peuvent, en conséquence, y déroger, sauf prohibitions expresses ou tacites, tenant à l'ordre public et aux bonnes mœurs. (Art. 6 et 1387 C. c.) — Même en fait de moyens de preuve, nous ne parvenons pas à sortir des présomptions. La preuve littérale emprunte toute sa force

à cette croyance, que l'officier public, qui, après tout, n'est qu'un témoin, ne s'est pas trompé, et que, respectant son caractère, il n'a pas sciemment substitué le mensonge à la vérité; ou bien que l'acte fait entre les parties elles-mêmes est réellement leur ouvrage. La preuve testimoniale, en général, puise sa valeur dans cette présomption, que les témoins, hommes de sens, ne se trompent pas, et que, hommes de bien, ils ne veulent pas tromper. L'aveu de la partie n'est qu'une présomption : la partie, en effet, peut ou céder à l'erreur, alors même qu'elle reconnaît son écriture, car un faussaire habile peut l'avoir imitée, ou se condamner elle-même par un intérêt ignoré. La puissance du serment dérive du sentiment religieux auquel l'homme, néanmoins, peut très bien être infidèle, puisque la loi a prévu le parjure et prononcé contre son auteur des peines sévères. Enfin, le droit public, plus peut-être que le droit privé, abonde en déclarations de capacités ou d'incapacités par simples présomptions, qui trop souvent reçoivent dans la réalité des faits un démenti éclatant, quelquefois funeste à l'intérêt public. Et malgré cela, tel est le rôle considérable des présomptions dans la vie sociale, qu'il faut encore s'estimer heureux lorsqu'en pratique elles ne sont pas, soit obscurcies, soit même rendues absolument illusoires, par l'arbitraire et la passion.

Ainsi va s'élargissant de plus en plus le cercle des conjectures, affirmation de la faiblesse humaine dans la recherche de la vérité, élément constant d'incertitude et d'hésitation, dont on n'arrive guère à se dégager que par des actes de foi.

3. — Le sujet de notre étude ne comporte pas d'ailleurs, pour l'expression *présomption légale*, une signification aussi étendue. Ici le terme *présomption*, tout en conservant le sens originaire de *conséquence probable ou possible*, doit être restreint à l'un des cinq moyens de preuve généraux organisés par la loi. (Art. 1316 C. c.) Quand, pour l'emploi de ce moyen de preuve particulier, le législateur, en des hypothèses rigoureusement déterminées à l'avance, se substitue au juge, devient, dans une certaine mesure, lui-même

juge par prescience, la présomption est dite *légale*; elle se distingue par là de celles que la loi abandonne au magistrat, en lui recommandant de n'en faire qu'un usage éclairé et prudent (art. 1349 et 1353 C. c.), conseil utile que le législateur ne saurait trop se rappeler à lui-même, avant d'admettre et d'imposer ses propres présomptions. (V. à la fin de cette étude : Appréciation des présomptions légales.)

4. — L'article 1349 du Code civil donne des deux classes de présomptions, celles du législateur et celles du magistrat, la définition suivante : « *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.* » Puis, pour l'application de la présomption de la loi à des cas nécessairement déterminés, l'art. 1350 ajoute aussitôt, en forme de définition particulière : « *La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale (ou une disposition spéciale de la loi) à certains actes ou à certains faits...* » Enfin, par opposition aux présomptions légales, qui forment le principe, l'art. 1353 conclut en disant : « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.* » (Dernière restriction superflue, après la règle posée dans l'art. 1348, qui admet le témoignage en matière de fraude et de dol.)

La définition générale présentée par l'art. 1349, en laissant de côté l'étymologie probable du terme *présomption* (POTHIER, *Obligations*, n° 806), maintient bien à la présomption son caractère particulier : par les expressions mêmes qu'elle emploie, elle met en lumière le travail de l'esprit, le raisonnement conjectural que suggère un fait *connu* (dans le sens de *prouvé* ou à *prouver* préalablement par tel ou tel moyen de preuve, y compris les présomptions du magistrat) rendant vraisemblable, grâce à de précédentes expériences, un fait *inconnu*. Mais on reproche à cette définition de ne pas

distinguer suffisamment les présomptions des autres modes de preuve, qui tous, actes écrits, aveu, serment, témoignage, reposent également, comme nous l'avons observé, sur une inférence du connu à l'inconnu; et, pour éviter la confusion que notre texte est supposé permettre, on a proposé plusieurs explications; nous en retenons deux, les plus importantes :

1° Les présomptions diffèrent des moyens de preuve proprement dits en ce qu'elles ne constituent qu'une preuve indirecte, c'est-à-dire qu'elles tendent à établir la vérité d'un fait seulement au moyen d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits reconnus entre les parties, ou préalablement prouvés à leur égard ; tandis, au contraire, que les moyens de preuve proprement dits ont pour but et pour résultat d'établir directement le fait qu'il s'agit de prouver, de telle sorte que, s'il s'agit par exemple de témoignage, l'induction qui conduit du témoignage à la vérité des faits rapportés est si rapide qu'elle passe inaperçue (1);

2° La séparation des preuves et des présomptions résulte de la distinction suivante : la preuve a toujours pour base une déclaration écrite ou orale de l'homme; la présomption a pour base un fait autre que la déclaration de l'homme (2).

5. — Ces deux explications ne nous paraissent pas satisfaisantes. — La première, en enseignant que les moyens de preuve ordinaires entraînent la conviction à l'aide d'une opération intellectuelle en quelque sorte instantanée, tandis que les présomptions comporteraient un raisonnement beaucoup moins rapide, une induction de plusieurs degrés, part, à notre avis, d'un point de vue inexact et que la pratique peut seule tolérer. (V. *suprà*, *Introduction*, n° XI.) En effet, lorsque, pour en revenir à l'exemple déjà donné, le juge est mis en présence d'un témoignage, est-ce la déposition même qui va constituer le fait connu d'où l'on induira l'existence réelle du fait inconnu? Il faut l'admettre, si l'on regarde la loi de la

(1) Bonnier, *Des preuves*, n° 807, 5^e édit.

(2) Colmet de Santerre, *Cours analyt. de C. c.*, V, n° 326 bis, pp. 602-603.

foi au témoignage comme un motif assez fort pour asseoir une conviction etsi, par là même, on reconnaît, avec certains jurisconsultes anglais, qu'en matière de preuves proprement dites « il est souvent difficile et même impossible de saisir le lien qui rattache le jugement au raisonnement dont il est le résultat ; qu'ils semblent se succéder instantanément par une sorte de nécessité, « comme le tonnerre suit l'éclair (1) ». Mais pour ceux qui penseront avec nous que la qualité maîtresse de la justice ne consiste pas à être expéditive, qu'elle doit avant tout concentrer tous ses efforts vers un but unique, ne laisser derrière elle aucune incertitude, l'admission des témoignages demande bien d'autres garanties. Le témoin est-il honnête homme, est-il sans intérêt dans la cause, n'a-t-il jamais voilé la vérité, jouit-il d'une intelligence suffisante pour qu'on ne puisse douter, ni de la vraisemblance de ses souvenirs, ni de la valeur de ses perceptions, voilà les faits qui devront tenir la première place dans la préoccupation du magistrat et qui, une fois établis constitueront l'élément connu, lui permettant de conclure à l'inconnu, c'est-à-dire à la conformité de la déposition avec la vérité. Mais, dès lors, que devient cette induction rapide, cette démonstration directe et instantanée qui ferait toute la différence entre les moyens de preuve, au sens spécial du terme, et les présomptions ? En réalité, le raisonnement est le même dans les deux espèces, avec les mêmes degrés de certitude et d'incertitude. Nous objectera-t-on que, s'il en est ainsi pour le témoignage, d'autres moyens de preuve au contraire, le serment, par exemple, ont bien sur la décision du juge une action directe, immédiate, en dehors de toute recherche et de toute induction appréciable ? Il nous est facile de répondre, avec les auteurs les plus autorisés, que l'aveu et le serment ne sont pas, à proprement parler, de véritables moyens de preuve (2), qu'ils appartiennent plutôt au système des preuves légales qu'à celui de la preuve simple, et qu'en tous cas il suffit qu'une seule

(1) Wills, *Circumstantial evidence*, cité par M. Bonnier, *loc. cit.*

(2) Aubry et Rau, VIII, § 749, texte et notes 28 et 29, p. 149.

hypothèse échappe à la distinction proposée comme étant la pensée du législateur, pour que cette distinction cesse d'être générale et par suite admissible.

6. — Quant à la seconde explication, il n'est possible de l'adopter que si on commence par approuver la critique dirigée contre la rédaction de l'art. 1349. Or cette critique est, croyons-nous, sans fondement. En outre, il va de soi que le législateur, après avoir énuméré et même organisé la plupart des moyens de preuve, écrits ou verbaux, en ayant soin de les distinguer des présomptions (art. 1316), ne pouvait avoir l'intention de comprendre tel ou tel de ces moyens sous l'expression *fait connu* en matière de présomptions. A cet égard, toute restriction introduite dans le texte de l'art. 1349 aurait donc été inutile.

On reproche à la définition des présomptions, définition empruntée par les rédacteurs du Code aux *Lois civiles* de Domat (liv. III, tit. VI, sect. iv, art. 1.), d'être trop vague et de pouvoir s'adapter aux moyens de preuve en général. Mais ce reproche ne résiste pas à l'analyse, et nous espérons démontrer au contraire que, dans un langage exact, la définition de l'art. 1349 ne convient et ne peut convenir qu'aux seules présomptions. — Qu'est-ce qu'un moyen de preuve? Un instrument mis par le législateur à la disposition du juge pour arriver à la découverte de la vérité. Vous produisez un témoin déposant que tel fait s'est passé sous ses yeux ; vous présentez un écrit constatant votre qualité de créancier : qu'y a-t-il dans ces deux moyens de preuve considérés en eux-mêmes? Dans le premier, un récit ; dans le second, la mention d'un acte : rien de plus. Si la déposition du témoin entraîne la conviction des magistrats, si la sincérité du titre établie fait admettre la créance, alors nous sentons le travail effectué, le raisonnement du connu à l'inconnu ; mais ce n'est certes pas de nos deux moyens de preuve qu'on peut dire qu'ils *sont des conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu*. Non : ils ont formé la raison déterminante de l'induction (1), mais

(1) Sur la notion de l'induction, V. notre *Conclusion*, n° 421 et s.

il s'en faut de beaucoup qu'ils se confondent avec elle.

Voyons maintenant ce qui se passe en matière de présomptions.

Un enfant est conçu pendant le mariage ; la loi décide qu'il a pour père le mari de sa mère. Un locataire, poursuivi en paiement des loyers de cinq années, produit les quittances des trois dernières années de location, et le tribunal, considérant qu'il est ordinaire d'acquitter les anciens loyers avant les nouveaux, présume le paiement des loyers des deux années précédentes. Voilà deux présomptions, l'une simple, l'autre légale. Dans les deux cas, nous nous trouvons en présence d'une induction et dans les deux cas nous voyons qu'il y a confusion absolue entre la présomption et la conséquence tirée du fait connu au fait inconnu ; que la présomption n'est autre chose que cette conséquence, en d'autres termes, que les deux expressions traduisent la même idée.

En résumé, tandis que les preuves, écrits, témoignages, aveu, serment, ne sont que des moyens d'arriver à la connaissance d'un fait, la présomption est le fait lui-même, regardé comme établi par une conclusion du connu à l'inconnu : dans une langue exacte, ce n'est qu'en parlant des présomptions que le législateur pouvait employer la formule de l'art. 1349. — Peut-être aurait-il été préférable, pour rendre la critique impossible, d'adopter la première rédaction de notre texte, rédaction qu'une raison de terminologie insignifiante fit repousser par le Tribunal : « La présomption est un *jugement* que la loi ou le magistrat..., etc. » Le mot *jugement* suffisait à lui seul pour mettre en relief, mieux que ne le fait le terme *conséquence*, le caractère distinct des présomptions et des preuves en général (1).

7. — Il faut arriver, nous l'avons vu, jusqu'à l'art. 1349 pour trouver la définition des présomptions, considérées par la loi comme moyens de preuve, quoiqu'il soit fréquemment question de présomptions dans les précédents articles du

(1) *Conf. Larombière, Obligations, VII, art. 1349, n° 1.*

Code et même dès le premier. Cependant l'absence de définition n'a pas empêché de comprendre, au moins par à peu près. le rôle de la présomption légale, le langage ordinaire du droit et des affaires se définissant généralement assez bien par lui-même. Mais rationnellement la véritable place de la matière des preuves, y compris par conséquent les présomptions, eût été, soit au commencement du Code civil, soit à la fin, ou mieux encore dans le Code de procédure. Le législateur de 1804, en plaçant les règles sur la preuve à la fin du titre III du livre III, « Des obligations conventionnelles en général, » a copié un peu étourdiment Pothier, qui, lui, faisant un traité complet des obligations, le terminait et devait logiquement le terminer par l'exposé des moyens de preuve applicables aux obligations. Dans le même esprit, les rédacteurs du Code, élaborant en quelque sorte un *traité* complet des diverses matières du droit civil, auraient dû renvoyer également à la fin de leur œuvre tout ce qui se rapporte à l'organisation des preuves.

Ce défaut d'ordre n'est pas seulement théorique ; il a des conséquences plus ou moins graves. Ainsi, dès l'art. 1330, le législateur ne prend ses exemples de présomptions légales que dans la matière des obligations, ou du moins dans celle, plus étendue, mais connexe, des intérêts pécuniaires, quoique beaucoup de présomptions légales très importantes soient relatives à l'état des personnes. L'interprétation peut et doit relever cette classification défectueuse et les conséquences qu'elle entraîne, tout en concédant aux auteurs de la loi, comme palliatif, que c'est principalement en matière d'obligations que l'on aperçoit le mieux le fonctionnement du système des preuves dans son ensemble.

SECTION II

Définition spéciale, par la loi, des présomptions légales.
Difficultés d'application.

8. — Nous avons observé que la définition des présomptions légales, mêlée dans l'art. 1349 à celle des présomptions

du magistrat, se trouve immédiatement suivie, dans le premier alinéa de l'art. 1350, d'un complément tout naturel de définition, ou plutôt d'une définition spéciale destinée à préciser que la présomption légale est attachée par la loi à *certaines actes ou à certains faits*. Nous ajouterons que l'on ne concevrait pas qu'il en fût autrement dans une législation arrivée à sa maturité ; de sorte que, pour qu'il n'y ait pas là une addition, ou superflue, ou simplement appelée par les exemples qui suivent, il faut admettre que le législateur a voulu appuyer tout spécialement sur ce point : dans le doute, le juge doit se garder d'élargir les bases des présomptions légales, autrement dit, d'en créer lui-même. Le système de preuves le plus rationnel abandonne en effet autant que possible au juge la recherche de la vérité. Or les présomptions légales suppriment l'initiative du magistrat et ne peuvent se justifier que par des considérations exceptionnelles ; il est donc nécessaire de les restreindre étroitement aux espèces prévues (1).

Est-ce à dire qu'il faille absolument se tenir à la lettre du texte dans chaque hypothèse, sans qu'il soit jamais permis d'en chercher et d'en interpréter l'esprit ? A ce rigorisme on peut objecter que la loi qui établit dans un cas donné une présomption légale est une loi ordinaire et que par suite elle comporte l'interprétation au même titre que toute autre loi. Ainsi, par exemple, la présomption de survie, tirée soit de la force de l'âge ou du sexe, soit de l'ordre de la nature, dans les successions proprement dites (art. 720-722), ne devrait-elle pas être étendue aux successions testamentaires, en observant d'ailleurs toutes les conditions imposées pour les successions *ab intestat* ? — De même la présomption de durée de la grossesse, en maximum et minimum, à l'effet de fixer l'époque de la conception de l'enfant légitime (art. 312), n'est-elle pas applicable, comme présomption légale, dans le

(1) S'il en était différemment dans notre ancien droit, cela s'explique par cette considération que, pour se former, il empruntait autant à l'interprétation doctrinale ou judiciaire et à la coutume qu'aux ordonnances royales. (V. Pothier, *Obligat.*, n° 843.)

cas où, en dehors de la question de légitimité, qui n'est pas ou n'a pas été soulevée, il y a pourtant encore un grand intérêt à déterminer exactement l'époque de la conception ? (Art. 725-1° et 906.)

Pour notre part nous n'hésitons pas à répondre : jamais, quels que soient les arguments, quelles que soient les circonstances qui militent en faveur de leur extension par analogie ou par *a fortiori*, on ne doit faire sortir les présomptions légales des hypothèses spécialement prévues par la loi. La présomption légale, comme nous le verrons sur l'art. 1352, dispense de toute preuve celui au profit de qui elle existe. Elle a donc pour premier résultat de rejeter le fardeau de la preuve sur la personne contre qui elle est invoquée, et de la priver ainsi d'un bénéfice et d'un droit. Si la présomption légale est de celles qui n'admettent pas la preuve contraire (V. *infra*, n° 13), elle va plus loin encore : elle restreint la liberté qu'a tout individu d'établir en justice sa véritable situation juridique.

Or, pour étendre une situation exceptionnelle, il faut, non de simples conjectures, mais d'absolues certitudes ; et devant des conséquences aussi graves que celles que nous venons d'exposer brièvement, il ne peut être permis à l'interprète de présumer à son tour l'intention du législateur : présomption sur présomption ne vaut. D'ailleurs, en attachant une présomption légale à certains actes ou à certains faits nettement spécifiés, la loi a voulu assurer de la manière la plus efficace, dans quelques situations déterminées, des intérêts particuliers. Que la situation soit modifiée, et c'est toujours ce qui a lieu en cas de raisonnement par analogie, jamais les intérêts en jeu ne sollicitent avec une égale énergie la même faveur, surtout lorsque cette faveur ne peut être accordée qu'au détriment de principes universellement respectés. Enfin, pour justifier l'application par analogie des présomptions légales, on n'a pas même la ressource de pouvoir invoquer l'intérêt de la justice. Le juge, en effet, ne demeure pas désarmé : il reste libre de s'approprier comme

siennes, en tenant compte des diverses circonstances de la cause, les présomptions de la loi, s'il les trouve équitables, l'art. 1353 lui reconnaissant le droit de puiser où bon lui semble ses propres présomptions, pourvu qu'elles offrent la garantie d'être graves, précises et concordantes (1).

9. — Si l'on doit s'en tenir étroitement aux *actes ou faits prévus par la loi* comme bases de présomptions légales, sans

(1) Pour la présomption de survie, la doctrine et la jurisprudence (V. notamment : Bordeaux, 29 janv. 1829; — Paris, 30 nov. 1850) sont en notre faveur. — Au contraire la majorité des auteurs et des arrêts (V. Paris, 19 juill. 1819; — Cassat., 8 fév. 1821; — Orléans, 16 mars 1832; — Grenoble, 20 janv. 1853; — Poitiers, 24 juill. 1865) font intervenir la présomption de l'art. 312 chaque fois qu'il est nécessaire de déterminer l'époque de la conception. Toutefois, on a proposé sur cette importante question plusieurs systèmes intermédiaires; nous ne pourrions les exposer ici qu'en anticipant sur nos développements ultérieurs. Nous ajouterons seulement qu'ils montrent bien l'hésitation des interprètes en face de la difficulté, et par cela même nous portent encore à préférer l'unique solution fondée sur la définition des présomptions légales. (Cf. Chabot, art. 725, n° 6; — Demolombe, XIII, 483; — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 418.)

Le caractère restrictif de cette définition et le peu de crédit que méritent les présomptions légales s'opposent également, dirions-nous, à ce que l'on fasse sortir de la place qu'elle occupe, en la matière de la prescription acquisitive, la règle : *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* (art. 2268) : *toujours* c'est-à-dire, à notre sens, quelles que soient les circonstances qui pourraient faire croire à la mauvaise foi, mais en restant dans la prescription acquisitive, à laquelle le législateur est évidemment favorable. Ainsi, en fait de mariage putatif, où la bonne foi n'empêche pas qu'il y ait violation de la loi (art. 201 et 202), et en fait d'acquisition des fruits par la perception de bonne foi (art. 549), où l'on se trouve en présence d'un enrichissement quotidien aux dépens d'autrui, nous estimons que c'est au bénéficiaire à administrer la preuve de sa bonne foi, de même qu'il doit prouver toutes les autres conditions du succès de sa prétention, conformément au principe général, *onus probandi incumbit ei qui agit*. (En ce sens : Baudry-Lacantinerie, I, n° 545 et 1271; II, n° 1280.) Que si, pour généraliser la disposition de l'art. 2268, on invoque celle de l'art. 1216, aux termes duquel *le dol ne se présume pas et doit être prouvé*, nous pensons qu'il suffit de répondre : autre chose est le dol dans le sens extrême de *manœuvres frauduleuses* en vue d'amener un tiers à contracter, autre chose la *connaissance d'un défaut de droit pour soi-même*, seule nécessaire pour constituer la mauvaise foi.

Nous ne croirions pas non plus devoir emprunter, en qualité de présomption légale, à la matière du prêt à intérêts la règle de l'art. 1908 : la quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement et en opère la libération. — Si, au lieu d'un prêteur, on suppose, par ex., un vendeur, l'acheteur qui n'a pour lui qu'une quittance du capital devra prouver sa libération des intérêts conformément aux règles ordinaires de la preuve. Toutefois, il est bien évident que, s'il est possible d'admettre la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme, la preuve pour le juge sera singulièrement facilitée par semblable quittance. — M. Duranton (XIII, n° 431; XVII, n° 606) soutient au contraire que l'art. 1908 doit recevoir une application étendue; mais il en affaiblit l'importance en n'y voyant pas une présomption absolue. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point particulier.

jamais raisonner par analogie, ni même par argument *a fortiori*, il faut se garder, au contraire, d'exagérer la portée de cette autre expression de l'art. 1350 : *par une loi spéciale* (c'est-à-dire une disposition spéciale de loi). La nécessité d'une disposition spéciale se comprend fort bien pour tous les exemples qui suivent la définition et, plus généralement, pour les présomptions sur le fondement desquelles la loi va jusqu'à annuler des actes ou dénier l'action en justice (art. 1352); mais pour les autres il suffit que la présomption soit implicitement contenue dans un texte ou résulte de la tradition fondée sur la raison et l'équité. (Exemple : présomption de propriété basée sur la possession. — V. art. 59 C. pr. civ.)

10. — La présomption légale est un ordre de la loi en matière de preuves; par conséquent, il ne saurait être permis au juge, sans tomber sous le coup de la cassation, de la négliger ou de la modifier, là où elle est applicable; en d'autres termes, les tribunaux n'ont pas le droit de négliger ou de modifier la conséquence, bonne ou mauvaise, que le législateur a cru devoir tirer d'un fait connu à un fait inconnu. Mais le juge n'en reste pas moins maître de la constatation du fait connu, simple ou complexe, qui sert de base à l'induction; fait qualifié *connu* dans la définition, et qui souvent, en pratique, ne le sera que difficilement et ne pourra l'être qu'à l'aide des moyens de preuve ordinaires. Sur ce point, rien ne limite la liberté d'appréciation du juge, et si l'on se trouve dans une hypothèse où le témoignage soit admis, il a même le droit de recourir aux présomptions simples pour décider que toutes les conditions déterminées par la loi sont ou ne sont pas réunies et que par suite la présomption légale reçoit ou ne reçoit pas application dans la cause qui lui est soumise. Toullier (X, 63) refuse, il est vrai, d'admettre cette dernière idée, pourtant bien rationnelle, en argumentant de ce que jamais les présomptions du législateur ne peuvent être combattues par celles du juge. Mais tout d'abord c'est là confondre les présomptions légales avec les faits qui leur servent de base. Le texte même de l'art. 1349 exige, comme élément

préalable et nécessaire à l'existence de la présomption, un fait connu. Or, un fait n'est connu qu'autant qu'il est prouvé, et, du moment qu'il a besoin d'être prouvé, il doit pouvoir l'être par tous les moyens de preuve permis suivant les espèces. Une sélection quelconque entre les différents moyens de preuve ne s'expliquerait pas logiquement.

En outre, quant à la présomption légale elle-même, et pour lutter contre elle, dans les cas où la loi admet la preuve contraire (V. ci-après, nos 12 et s.), pourquoi les présomptions du magistrat ne seraient-elles pas admises, dès qu'un texte ne limite pas la preuve contraire ? On ne peut répondre que le juge prévaudrait alors contre le législateur ; il devient seulement, et par l'ordre même de la loi, son auxiliaire, chargé d'apprécier les circonstances qu'on relève et les arguments qu'on invoque contre une présomption dont le législateur lui-même se défie, puisque, après l'avoir posée, il permet de lutter contre elle et lui conserve l'unique effet, considérable encore, il est vrai, de *dispenser de toute preuve* (du fait inconnu) *celui au profit de qui elle existe*. Pour détruire de pareilles présomptions qui en réalité ne forment, même dans l'esprit de la loi, que de simples conjectures, le genre de preuve admissible est nécessairement celui qui est compatible avec ce qui est à prouver, c'est-à-dire que tantôt il consistera dans la preuve littérale, tantôt dans la preuve testimoniale, tantôt dans de simples présomptions (1).

Enfin, nous devons remarquer que l'opposition faite à la recevabilité d'une présomption légale dans une espèce litigieuse n'a pas pour effet, quel que soit le mode de preuve employé, de mettre en cause la présomption légale considérée en elle-même, c'est-à-dire sa valeur comme règle de droit. Le plaideur qui invoque la preuve contraire ne prétend pas le moins du monde que la présomption qu'il combat soit, *in thesi*, déraisonnable et qu'il y ait lieu de lui substituer d'autres principes ; et le juge, en recevant cette preuve contraire,

(1) La doctrine, à part Toullier, est unanime en ce sens, de même que la jurisprudence. (V. notamment : Cass., 24 février 1846.)

n'entend point corriger la loi, pas plus que le législateur, en autorisant les tribunaux à repousser dans certains cas la présomption, n'a voulu conférer au pouvoir judiciaire le droit de critiquer et de réformer son œuvre. Tout se réduit dans la preuve contraire à démontrer que les circonstances particulières de la cause feraient dévier, contre le gré du législateur lui-même, la présomption de son application générale (1).

41. — L'élément connu qui forme la base de la présomption doit donc être prouvé, et cette preuve doit être administrée par celui-là même qui invoque en sa faveur la présomption légale. En effet, la partie au profit de qui existe une pareille présomption n'est dispensée que de la preuve du fait *inconnu* ; pour celle du fait *connu*, on retombe dans le principe que le fardeau de la preuve incombe à celui qui se réclame d'un ordre de choses nouveau ou exceptionnel. (Art. 1315.) Et l'adversaire pourra contredire à cette prétention quand bien même il s'agirait d'une présomption qui n'admet pas la preuve contraire ; car ce n'est pas contre la présomption elle-même que lutte cet adversaire, c'est contre le fait ou la preuve du fait qui doit lui servir de base (2). Ainsi, pour la présomption de l'art. 312, la personne qui veut s'en attribuer l'avantage aura, le cas échéant, à prouver le mariage de sa mère avec le prétendu père, l'accouchement à une époque qui ne place pas la conception hors du mariage, son identité avec l'enfant dont la femme présentée comme la mère est accouchée. De son côté, le défendeur serait reçu à démontrer l'inexistence

(1) Aubry et Rau VIII, § 750, texte et note 7, p. 163. — Larombière, VII, art. 1362, n° 8.

(2) N'est-ce pas là uniquement ce que voulait dire Alciat dans ce passage si critiqué : « *Etsi directa probatio regulariter non admittatur contra præsumptiones juris et de jure, admittetur tamen indirecta, quia, cum lex requirit certas qualitates et circumstantias ad hanc probationem constituendam, semper admittuntur probationes quod non sit talis casus vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus* ? » — Le mot *indirecta*, rendu obscur par la phrase qui le précède, nous paraît éclairé par celle qui le suit. En effet, n'est-ce pas un peu, dans un sens large, prouver contre la présomption elle-même, que de prouver contre les faits qui, une fois établis, lui serviraient de base ; de même (qu'on nous permette cette comparaison) c'est combattre une armée que de repousser son avant-garde, quand bien même on se trouverait dans l'impossibilité de lutter ensuite contre l'armée elle-même.

de ces divers éléments qui, une fois établis, ne lui permettraient plus de se soustraire à la présomption *pater is est...* que dans les circonstances limitativement déterminées par la loi. (Art. 312 et s.)

Cependant il peut arriver que celui au profit de qui la présomption existe n'ait pas plus à prouver le fait *connu* que le fait *inconnu*. C'est ce qui a lieu lorsque le fait connu résulte lui-même d'une présomption légale. Ainsi, qu'un débiteur soit en possession du titre qui constate ou constatait la dette, il est présumé libéré, soit absolument, soit jusqu'à preuve contraire, aux termes des articles 1282 et 1283. Mais de plus le débiteur est dispensé de prouver que c'est par la libre volonté du créancier, sans aucun vice, abus de confiance ou précarité, qu'il détient le titre ; car il y a là autant de faits anormaux qu'il ne serait pas rationnel de supposer. Aussi, n'est-ce pas, à vrai dire, une exception au principe : c'est une combinaison de deux présomptions légales au profit de la même personne, ou, mieux encore, c'est la preuve du fait à établir, préalablement fournie par la loi elle-même au moyen d'une présomption, qui d'ailleurs admet la preuve contraire.

SECTION III

Justification des présomptions légales dans l'esprit de la loi.

Leur division d'après leur plus ou moins de valeur probante.

12. — Plus une société avance dans la civilisation, plus les relations entre ses membres se multiplient, s'étendent et se compliquent, plus les mœurs se relâchent et se corrompent. Les hommes trop rapprochés commencent à se faire obstacle et les lois simples ne suffisent plus à régler les conflits. L'opposition des volontés et des besoins, ces derniers souvent factices, menaçant à tout moment de rompre l'accord indispensable des droits, des devoirs et des libertés, le législateur se voit contraint d'abandonner cette simplicité primitive et, pour maintenir un équilibre artificiel, d'avoir recours à des

lois artificielles. L'intérêt de la tranquillité et quelquefois de la pudeur sociales lui commande d'éviter à tout prix de nombreux procès, souvent scandaleux, toujours pleins d'obscurité, et, s'ils ont lieu néanmoins, de faciliter au juge une tâche peut-être au-dessus de ses forces. Il jette alors dans la balance de la justice une présomption légale : mieux vaut la certitude relative qu'une incertitude absolue.

Ce n'est donc pas comme moyens de preuve bien sûrs par eux-mêmes que les présomptions trouvent place dans nos lois. En maints exemples, leur faiblesse et leur insuffisance se passent de démonstration (V. par exemple. : art. 720 et s., pour la présomption de survie fondée sur la force de l'âge ou du sexe; art. 1588, pour la vente faite à l'essai, etc.) Aussi les présomptions légales sont-elles susceptibles, *en règle générale*, d'être combattues par la preuve contraire. (Art. 1352, al. 2, et arg. *a contrario* de ce texte.) Pour que le législateur prohibe la preuve contraire, il faut que la présomption soit fondée sur des raisons d'intérêt général ou supérieur. (Art. 1352, 911, 1099 et 1100 C. civ.; art. 463 et s., 446 et s. C. comm.) Encore aurons-nous à nous demander si, même contre les présomptions exclusives de cette preuve, deux moyens spéciaux, l'aveu et le serment judiciaires, ne seraient pas cependant admissibles, au moins en certaines matières particulièrement favorables. (Art. 1352, *in fine*. V. *infra*, nos 27 et s.)

13. — Aux présomptions qui n'admettent pas de preuve contraire nos anciens auteurs appliquaient généralement l'expression augmentative de *juris et de jure*, en réservant celle de *juris* ou *juris tantum* aux présomptions contre lesquelles la preuve contraire est admissible. Cette habitude a subsisté, et dans le langage juridique moderne on oppose encore les présomptions *juris tantum* aux présomptions *juris et de jure*. Il ne faut d'ailleurs attacher à cette terminologie aucune importance : elle a même l'inconvénient de présenter à l'esprit deux classes seulement de présomptions légales, tandis qu'une recherche quelque peu approfondie en fait

aisément découvrir une troisième, sur laquelle nous reviendrons plus loin, celle des présomptions qui n'admettent la preuve contraire que dans certains cas déterminés et à l'aide de moyens spécialement indiqués.

Ce sont, avons-nous dit, les présomptions *juris tantum*, c'est-à-dire celles qui, d'une manière générale, peuvent être combattues par la preuve contraire, sans distinction ni exclusion de moyens, qui forment le principe.

Le texte de l'art. 1352 le démontre suffisamment par argument *a contrario*, et plus formellement encore la raison même. En effet, toute présomption légale constituant une dérogation au système ordinaire et rationnel des preuves, chaque fois qu'un texte établit, explicitement ou implicitement, une présomption, sans prohiber la preuve contraire et sans, d'autre part, limiter les preuves admissibles, nous devons en induire que l'atteinte portée au droit commun est aussi peu profonde que possible et que par suite la présomption peut être combattue par toute preuve contraire. (Exemple : art. 1588). Fréquemment cependant la loi, en imposant explicitement une présomption, exprime qu'elle admet la preuve contraire (C. civ., art. 553, 1402, 2234, 2298; C. comm. art. 559); on pourrait conclure qu'à défaut de cette réserve on retombe dans les présomptions absolues, *juris et de jure*. Or, cette conclusion serait erronée; car dans les hypothèses où la loi réserve expressément la preuve contraire, il ne faut voir qu'une surabondance de langage, qui s'explique, de la part des rédacteurs du Code, par l'intention d'écarter toute espèce de doute, mais qui n'a aucune conséquence à l'égard des autres cas où la loi, plus brièvement et plus logiquement, est restée muette sur l'admissibilité de la preuve contraire. (*Quod abundat non vitiat.*) — Notre principe est en outre très nettement formulé par le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat sur le titre des contrats et des obligations : « Lorsque la loi, dit-il, se borne à établir une présomption, la preuve contraire peut être admise, quoique la loi ne la réserve pas, parce qu'il est dans la nature des présomptions

qu'elles cèdent à la preuve. » (Trav. prépar., séance du 14 pluv. an XII.)

14. — Nous connaissons jusqu'ici deux grandes classes de présomptions légales : — 1° les présomptions qui admettent généralement et sans restriction la preuve contraire ; ce sont les présomptions *juris tantum* ; — 2° celles contre lesquelles aucune preuve n'est possible, ou présomptions *juris et de jure*. Mais si nous cherchons le *criterium* de cette distinction et si nous demandons à la loi elle-même à quels caractères se reconnaît une présomption de la première ou de la seconde classe, immédiatement nous voyons apparaître une troisième division de présomptions légales, tout aussi importante que les deux premières, et que nous avons déjà rapidement mentionnée dans notre précédent numéro. « Nulle preuve, dit l'art. 1352, al. 2, n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. » Ainsi d'une part quelles sont les présomptions *juris et de jure*, celles contre lesquelles aucune preuve n'est admise ? Ce sont, répond le texte, les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. — Quelles sont d'autre part les présomptions *juris tantum* ? Celles, répondra l'interprète, sur le fondement desquelles il n'y a ni annulation d'actes, ni dénégation d'action. — Mais il résulte en même temps de l'art. 1352, al. 2, que dans certaines hypothèses le législateur, bien que prononçant la nullité d'un acte ou refusant l'action en justice sur le fondement d'une présomption, réserve contre cette présomption la preuve contraire ; et si l'on cherche des exemples de pareille réserve, on trouve qu'elle intervient de trois manières différentes : ou bien la preuve contraire n'est permise que dans des circonstances étroitement déterminées (exemple : art. 312 ets. ; — art. 2279, al. 2, C. civ.) ; ou bien elle est admise en dehors de toute circonstance, mais elle est subordonnée à l'emploi de certains moyens limitativement énumérés (art. 654, 667, 670, 1499,

1504 C. civ.; — art. 558, 560 C. comm.); ou bien enfin la preuve contraire est accordée sans conditions de moyens ni de circonstances. (Art. 1283.) Nous sommes donc en présence d'une nouvelle catégorie de présomptions légales qui ne rentrent dans aucune des deux divisions précédemment étudiées. Elles ne se confondent pas en effet avec les présomptions *juris et de jure*, puisqu'à la différence de ces dernières elles permettent la preuve contraire, et l'on ne pourrait que plus difficilement encore les comprendre dans les présomptions *juris tantum*, puisque celles-ci comportent de plein droit la preuve qu'une réserve expresse et spéciale de la loi peut seule faire admettre contre les présomptions de notre troisième classe. — En résumé, nous concluons que, tandis que notre ancien droit ne concevait que deux sortes de présomptions légales, les présomptions *juris et de jure* et les présomptions *juris tantum*, notre droit actuel en distingue trois classes présentant, au point de vue de la force probante, une triple gradation : — 1° les présomptions dont l'unique effet se borne à dispenser de toute preuve celui au profit de qui elles existent et qui toujours peuvent être combattues par la preuve contraire ; — 2° les présomptions absolues, qui n'admettent aucune preuve contraire ; elles ont pour caractéristique de servir toutes de fondement soit à des annulations d'actes, soit à des refus d'action ; — 3° les présomptions qui, tout en conduisant le législateur à des déclarations de nullité ou à des refus d'action en justice, comportent néanmoins la preuve contraire, soit d'une manière générale, soit sous certaines modalités (1).

Nous ne verrons bien d'ailleurs tout l'intérêt de cette classification que lorsque nous nous demanderons de quels effets

(1) Cette distinction, que nous croyons cependant imposée par la loi, n'est pas faite par la doctrine : tous les auteurs rangent en effet nos présomptions de la troisième classe, soit dans les présomptions *juris et de jure*, soit dans les présomptions *juris tantum*. (V. notamment Aubry et Rau VIII, § 760, texte et notes 5-10, pp. 163-164 ; — Baudry-Lacantinerie, *Dr. civ.* II, nos 4282-4283 ; — Colmet de Santerre, V. nos 329 et 329 bis ; — Duranton, XIII, n° 400 et s. ; — Larombière VII, art. 1352, n° 3 et 4 ; — Laurent, XIX, n° 620 ; — Marcadé, V, art. 1352, n° 3.)

sont susceptibles l'aveu et le serment contre les présomptions légales.

Il est à peine besoin d'observer que chaque fois qu'il y a réserve, explicite ou implicite, de la preuve contraire, cette preuve s'administre, soit par voie d'action (exemple : art. 312 et s. pour les cas particuliers où l'action en désaveu est admise), soit par voie d'exception (art. 340, 911, 1283), suivant qu'elle est ou non limitée dans un certain délai ; en d'autres termes, suivant l'intérêt juridique de celui qui a le bénéfice de la preuve contraire (1).

SECTION IV

A quel signe se révèle dans les textes une présomption légale.

15. — Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait présomption légale, que le législateur se soit servi d'une de ces expressions

(1) Enfin nous devons remarquer que la classification en présomptions *juris tantum* et en présomptions *juris et de jure*, suivant qu'elles admettent ou excluent, soit complètement, soit sous certaines modalités, la preuve contraire, disparaît dès qu'il s'agit d'appliquer ces présomptions aux matières du droit pénal, devant les juridictions de répression et pour faire encourir une peine plus grave à l'individu accusé ou prévenu. Alors en effet les droits de la défense doivent primer toute autre considération et nulle présomption, quelque rigoureuse qu'elle soit, ne doit résister à la preuve contraire, étant donné surtout que la présomption la plus vraisemblable ne comporte jamais qu'une conviction imparfaite dont ne sauraient se contenter les juges criminels ou correctionnels. Au surplus, nous partageons complètement à cet égard la théorie enseignée par le savant auteur du *Traité des Preuves*, et nous ne croyons pouvoir présenter de meilleurs arguments que ceux dont il appuie sa conclusion : « Nous pensons, dit M. Bonnier, quelque hasardée que puisse paraître notre opinion, et en convenant qu'il ne faudra l'appliquer qu'avec une extrême réserve, que les présomptions légales, lorsque l'existence d'un des éléments du délit ne reposera que sur elles, ne seront jamais contre l'accusé des présomptions absolues, et qu'il sera toujours reçu *ex magna et probabili causa* à administrer la preuve contraire. Il ne s'agira pas, après tout, de détruire complètement la présomption de la loi, mais seulement de faire naître des doutes assez graves pour qu'il ne soit plus moralement possible de condamner. On ne doit, il faut en convenir, s'écarter qu'à la dernière extrémité du principe qui met en harmonie la loi civile et la loi criminelle sous le rapport de la preuve ; mais, quelque fâcheux que soit ce désaccord, il serait bien autrement déplorable de faire tomber une tête en vertu d'une fiction légale. » (*Tr. des Preuves*, n° 859, 5° édit.) — Ainsi le meurtrier devra toujours être autorisé à prouver, même en dehors des cas où l'action en désaveu est permise, que, malgré la présomption *pater is est...* il n'existe de lui à sa victime aucun lien de filiation. — Une seule présomption échapperait cependant à la restriction que nous venons d'établir : nous voulons parler de l'autorité de la chose jugée.

qui impliquent d'ordinaire par elles-mêmes une présomption (*préssumé, réputé, censé, considéré comme*, etc.); mais il faut pourtant qu'on aperçoive clairement dans chaque hypothèse : — 1^o qu'il s'agit de preuve, — et 2^o que le législateur, quant à la conséquence à tirer d'un fait ou d'un acte, s'est substitué totalement ou partiellement au juge (Exemple : art. 312 et 911.) Il serait même dangereux d'attacher une certaine importance à tels ou tels des termes précités pour en conclure que ces termes impliquent toujours une présomption légale considérée comme moyen de preuve. Fréquemment au contraire on ne doit leur donner que le sens de *classé* législativement et d'une manière impérative. (Exemple : art. 522 et s. : meubles *réputés* immeubles; — C. comm., art. 377 : voyages *réputés* de long cours; 632 et 633, actes *réputés* commerciaux.) — Quelquefois, pour établir une présomption dans un cas, la loi décide qu'il n'y a pas présomption dans le cas diamétralement opposé. Ainsi la présomption d'acceptation de succession résulte virtuellement de l'art. 784, aux termes duquel, « *la renonciation à succession ne se présume pas* » ; — et la présomption d'après laquelle toute obligation est réputée divisible est implicitement contenue dans l'art. 1202 : « *La solidarité ne se présume pas.* » (V. égal. art. 1217, 1219.) Nous devons remarquer également que lorsqu'il s'agit d'une présomption de la seconde ou de la troisième classe les expressions *déclarer nul* (art. 1350-1^o), *annuler, dénier l'action* (art. 1352), n'ont, en fait de langage, rien d'exclusif : il y a nullité ou annulation par cela seul que, sous le coup de la présomption, l'acte en question n'est pas maintenu, et par exemple est l'objet d'une révocation (art. 960 et 964 ; *infra* n^o 74) ; de même il y a dénégation d'action, non seulement quand la loi le dit en propres termes (art. 2262 ; — C. comm., art. 105 et 108), mais encore lorsque, sans le dire, elle l'implique (art. 1282), de manière que, si l'action était intentée, elle pourrait être repoussée par une fin de non-recevoir, sans débat au fond, comme cela a lieu en matière de prescription, lorsque ce moyen est opposé. (Art. 2223.)

Cette idée était déjà admise et formulée en droit romain, où pourtant les *exceptiones* impliquaient le bien-fondé, *jure civili*, des actions. (L. 112, D., liv. L, tit. XVIII : *De reg. jur. Nihil interest... quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.*) Du reste, et pour en revenir à notre droit, il serait plus exact de dire que jamais l'action n'est refusée, puisque plaide qui veut, à ses risques et périls, moyennant la simple observation des formalités de procédure. L'action n'est donc vraiment refusée qu'en ce sens qu'elle n'a pas à être examinée au fond, et qu'elle doit être repoussée par cela seul que le défendeur lui oppose une exception péremptoire jugée valable.

SECTION V

Distinction entre la nullité sur présomption légale et la nullité pour cause d'incapacité légale ou pour autre cause.

16. — Il faut se bien garder de croire que chaque fois que le législateur prononce, explicitement ou implicitement, l'annulation de certains actes, il agisse sous l'empire d'une présomption légale, considérée comme moyen de preuve. Dans de nombreuses hypothèses une pareille interprétation pourrait être fautive, alors même que la nullité reposerait tout entière sur une présomption. Ainsi la loi déclare tel acte nul pour cause d'incapacité générale ou partielle de son auteur. (C. civ., art. 1124, et spécialement le dernier alinéa de cet art. ; — art. 1125.) Mais si, pour établir l'incapacité, le législateur est parti de présomptions, l'incapacité, une fois établie, n'est pas elle-même une présomption légale, au sens des art. 1350 et suiv., bien qu'elle aussi n'admette pas la preuve contraire. L'incapacité n'est que l'expression d'une protection spéciale accordée par la loi à certaines personnes contre les tiers, ou contre certaines personnes au profit d'autrui. (Exemple : art. 1595-1597.) Cette différence, dont ne tient pas compte la majorité des auteurs (1), est fort bien mise en lumière par

(1) V. notamment Toullier, X, n^{os} 45 et 4. ; — Duranton, XIII, n^{os} 415, 421-426 ; — Dalloz, *Rép. alph.*, v^o *Obligations*, n^o 5000.

M. Larombière, auquel nous nous permettons d'emprunter le passage suivant : « Les auteurs confondent volontiers les « présomptions légales que la loi attache elle-même, comme « fondement d'une preuve juridique, à certains actes ou à « certains faits, avec les motifs sur lesquels sont fondées plusieurs dispositions irritantes. Tels sont les présomptions « d'incapacité, de dol, d'erreur ou de lésion, sur lesquelles la « loi s'appuie pour déclarer nuls ou rescindables les actes faits « par les mineurs, les interdits, les femmes mariées ; les ventes « entre époux (1595) ; le traité passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur, suivant l'article 472 ; les dispositions « faites au profit de certaines personnes désignées dans l'art. « 909 ; enfin, les stipulations exorbitantes prévues, en cas de « gage ou d'antichrèse, par les art. 2078 et 2088. Soit que, « dans ces diverses hypothèses, l'intérêt privé des parties se « lie ou non à l'intérêt public, les dispositions de la loi constituent purement et simplement des prescriptions législatives, dont l'effet est de soumettre les actes qui y contreviennent à une action en rescision ou en nullité, et de les y « soumettre sur l'évidence de l'infraction, à la différence des « présomptions légales proprement dites, qui n'y soumettent « les actes auxquels elles s'appliquent qu'en les réputant, d'après leur seule qualité, faits en fraude de la loi. » (VII, art. 1351, n° 8.) — La distinction ci-dessus, non seulement présente l'avantage de se mieux conformer à la définition des présomptions légales, mais encore nous permettra de résoudre facilement la question suivante : le serment et l'aveu, opposables en principe aux présomptions légales, absolues, peuvent-ils être également invoqués contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi, pour des motifs d'ordre public ou d'intérêt général ou privé, déclare nuls certains actes comme entachés du vice d'incapacité, de dol, d'erreur, etc. (V. *infra*, n° 34.) Que les deux sortes de présomptions soient confondues, et nous ne verrions plus pour quelles raisons le serment, par exemple, ne serait pas valablement déféré entre autres points, sur la question de savoir si le débiteur qui

a consenti, à l'égard de l'objet par lui remis en gage, un pacte comissoire a ou n'a pas agi sous la pression du besoin, puisqu'en règle générale il peut être déféré même contre les présomptions *juris et de jure*. Nous devons d'ailleurs nous contenter d'indiquer ici la difficulté, qui doit faire ultérieurement l'objet d'un examen plus approfondi.

Quelquefois, nous en convenons, devant une présomption sur le fondement de laquelle la loi déclare un acte nul, il sera très difficile de reconnaître si l'on se trouve en présence d'une présomption envisagée comme moyen de preuve, ou bien au contraire d'une présomption servant simplement de motif et de justification à la disposition de la loi qui prononce la nullité. Tel est, par exemple, l'embarras en face de la nullité dont l'art. 472 frappe tout traité conclu entre l'ex-mineur et l'ex-tuteur dans les dix jours de la reddition des comptes. Mais nous ne doutons pas qu'il n'y ait là encore qu'une hypothèse d'incapacité prolongée ou exceptionnelle, étrangère aux présomptions considérées comme moyens de preuve; et, d'une manière générale, nous en dirions autant de tous les cas où la loi protège une personne qu'elle présume n'avoir pas toute son indépendance ou toute sa lucidité d'esprit.

Nous reconnaissons également qu'en pratique et dans les contestations judiciaires l'allégation d'une incapacité influera presque toujours sur la preuve, pour la rendre plus facile ou même en dispenser. Ainsi qu'un débiteur, poursuivi en paiement d'une somme empruntée, prétende qu'il était mineur au moment de l'emprunt : il n'a qu'à fournir la preuve de cette allégation, et par cette preuve, facile à administrer, il se verra dispensé d'établir ce qu'aurait à prouver un majeur pour échapper à la condamnation : défaut de consentement, ou bien erreur, dol ou violence. Mais tel n'a pas été le point de vue du législateur en organisant l'incapacité. Il a voulu prémunir l'incapable contre les conséquences à venir de ses actes, l'isoler en quelque sorte de la vie des affaires, dans son intérêt et même dans celui du public : la nullité de l'acte

accompli est une sanction de la violation de cette sauvegarde, en dehors de toute idée de preuve ou de présomption légale servant de preuve. Les incapacités sont, plus encore que les présomptions légales en matière de preuve, des fictions de la loi, et, comme l'a fort bien dit un savant commentateur du droit romain, « il ne faut pas confondre avec les *præsumptiones juris* les *fictiones juris*, qui reposent, non sur une vérité présumée, mais sur une supposition arbitraire de la loi, souvent directement contraire à la vérité (1). »

17. — S'il ne faut pas confondre les nullités sur présomptions légales avec les nullités pour incapacité, quelle que soit la cause de l'incapacité, il y aurait erreur grossière à les confondre avec les nullités qui tiennent à l'absence d'un élément de forme ou de fond, essentiel à la validité de l'acte. (Exemple : art. 900 et 901, 931 et s.) Pour avoir l'exacte notion des nullités sur présomptions il faut au contraire se représenter un acte parfaitement valable en lui-même, quand on le considère isolément, mais frappé de nullité, par exemple sur un soupçon de fraude à la loi, *d'après sa seule qualité* (art. 1350-1^o) ; en d'autres termes et dans un langage plus précis, l'acte est déclaré nul parce qu'il réunit, dans l'esprit du législateur et d'après ce qui arrive le plus communément, toutes les conditions de personnes et de circonstances susceptibles de justifier le soupçon de fraude ; et cela sans qu'il soit permis d'invoquer la sincérité de l'acte, le respect de la loi ou la bonne foi. (Art. 911, *ex. gr.*) Nous disons simplement *par exemple sur un soupçon...* ; car l'énumération de l'art. 1350 n'étant pas limitative, il pourrait y avoir, même en fait d'annulation d'actes, d'autres causes de présomptions que celle de fraude. (V. *infra*, n^o 74.)

(1) Marezoll. *Droit privé des Romains*, traduit et annoté par M. Pellat.

CHAPITRE II

QUESTIONS SPÉCIALES AUX PRÉSUMPTIONS LÉGALES QUI EMPORTENT ANNULATION D'ACTES OU DÉNÉGATION D'ACTION EN JUSTICE.

SECTION PREMIÈRE

Observation préalable et mention de ces présomptions.

18. — Le 2^{me} alinéa de l'art. 1352 est ainsi conçu :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

Cette disposition comprend, à vrai dire, comme nous avons eu déjà l'occasion d'en faire la remarque, toutes les présomptions légales du droit privé ; car si elle ne vise explicitement que certaines d'entre elles, virtuellement elle englobe toutes les autres. Dans la revue que nous passerons des présomptions légales, ou plutôt d'un grand nombre de ces présomptions, en suivant l'ordre des matières, les deux classes de présomptions, savoir, la plus grave évidemment, celle des présomptions *juris et de jure*, dont nous allons maintenant nous occuper uniquement, et celle des présomptions *juris tantum*, se trouveront nécessairement confondues, quoique nous ayons dès le début signalé leur différence ; il nous reste à insister sur l'article dont nous venons de reproduire le texte : — 1^o en indiquant par voie de simple énumération la plupart des présomptions sur le fondement desquelles il y a soit annulation d'actes, soit dénégation d'action, avec mention particulière de celles pour lesquelles cependant la loi a réservé, par exception, la preuve contraire ; — 2^o en étudiant avec quelques détails la

disposition finale de l'art. 1352... *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.*

19. — Les présomptions sur le fondement desquelles la loi déclare nuls certains actes sont peu nombreuses, et toutes d'un caractère pécuniaire. Nous rencontrons les principales en matière : — 1° de donations, dans l'interposition de personnes (art. 911 et 1100; *infra*, n° 71), dans la vente à fonds perdu faite à un successible en ligne directe (art. 918) (n° 72), dans la révocation pour survenance d'enfant (art. 960) (n° 74); — 2° de faillites (art. 446-449 C. comm.) (n° 115); — 3° d'assurances maritimes (art. 365 et 366 C. comm.) (n° 118.)

Dans ces diverses hypothèses le législateur tient absolument à la rigueur des présomptions qu'il édicte; en d'autres termes, il ne laisse aucun moyen d'échapper à la nullité, conséquence de la présomption; car on n'y trouve pas plus sous-entendue qu'exprimée la réserve d'une preuve contraire; de manière qu'on peut croire que la disposition de l'art. 1352... *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire...*, qui grammaticalement s'applique aussi bien au cas d'annulation d'actes qu'à ceux de dénégation d'action, vise dans l'esprit de la loi uniquement ces derniers; ou bien encore ne se réfère qu'à l'avenir, pour le cas où il plairait aux législateurs, soit dans telle ou telle hypothèse d'annulation déjà prévue, soit dans une hypothèse toute nouvelle, d'admettre la preuve contraire.

20. — Quant aux présomptions qui entraînent dénégation de l'action en justice, elles sont plus nombreuses que celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes et n'ont pas toujours un caractère pécuniaire; en outre la preuve contraire est très souvent permise. Cela indique-t-il que le législateur attache moins d'importance à ces nouvelles présomptions qu'aux précédentes, bien qu'il les maintienne plus rigoureusement encore que les présomptions ordinaires, contre lesquelles la preuve contraire est de droit, sans avoir besoin d'être réservée? C'est là une question à laquelle il est bien difficile de répondre. Pour l'instant nous nous bor-

nerons à constater la différence, sans chercher à en fournir une explication générale, qui peut-être n'existe pas.

Observons d'ailleurs incidemment que réserver pour certains cas déterminés la preuve contraire, c'est dire en réalité que dans ces cas il n'y a plus nécessairement dénégation d'action; car la preuve contraire ne pourra souvent s'administrer que par voie d'action. Le législateur parle lui-même quelquefois ce langage, par exemple en fait d'action en désaveu, qui n'est que la preuve contraire à la présomption de légitimité de l'enfant. La même idée pourrait donc s'exprimer ainsi: l'action est déniée en principe et accordée par exception.

21. — Comme exemples de présomptions sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice, mais avec réserve en certains cas de la preuve contraire, déterminée ou indéterminée, nous relèverons :

En matière d'absence, la présomption grâce à laquelle la loi accepte la nouvelle union que contracterait l'époux présent, sauf la preuve de l'existence de l'absent (art. 139 C. c.) (*infra* n° 51);

En fait de paternité, la présomption *is pater est...*, avec réserve de la preuve contraire dans certaines circonstances strictement déterminées (art. 312 et 313, 325, 340) (n° 53);

La présomption de mitoyenneté, contre laquelle peuvent lutter les titres ou les marques spécifiées du contraire (art. 653 et 654, 666 et 667, 670);

En matière de succession la présomption de dispense de rapport fondée sur l'interposition de personnes, avec faculté pour les intéressés d'établir l'intention contraire du donateur (art. 847-849 C. c.) (n° 56-2°);

La présomption de libération engendrée par la remise, du créancier au débiteur, de la grosse du titre (art. 1283; rapp.: art. 1908.) (nos 79 et 94);

En matière de reprises par les époux ou l'un d'eux, avec réserve de toutes preuves contraires ou de quelques-unes

seulement, les présomptions établies par les art. 1402, 1499 et 1504, 1569 (n^{os} 83 et 86-6^o);

En fait de prescription, certaines prescriptions libératoires qui admettent comme preuve contraire unique le *serment* (art. 2275 C. c.; art. 189 C. comm.) (n^o 95);

Dans les faillites, les présomptions contraires *aux droits des femmes* sur l'actif apparent de la faillite, sauf le recours aux moyens de preuve contraire limitativement permis par la loi (art. 558-563 C. comm.) (n^o 116).

22. — Enfin parmi les présomptions, les plus nombreuses, sur le fondement desquelles est déniée l'action en justice avec exclusion de la preuve contraire, nous devons citer celles qui font obstacle aux actions suivantes :

Action en nullité de mariage pour défaut de liberté dans le consentement ou pour erreur dans la personne, lorsque, depuis la découverte de l'erreur ou le recouvrement de la liberté, il y a eu cohabitation pendant six mois (art. 181 C. c.) (*infra*, n^o 52-1^o);

Action en réclamation de l'état d'époux quand l'acte de mariage n'est pas inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194) (n^o 52-2^o);

Action en nullité de l'acte accompli par la femme avec le concours de son mari (art. 217) (n^o 52-4^o);

Action en paiement d'une créance contre l'ex-mineur quand cette créance a été achetée par l'ex-tuteur pendant la tutelle (art. 450) (n^o 55);

Action en réclamation de succession par tout autre que celui au profit de qui se trouve établie la présomption de survie dans les hypothèses spéciales des art. 720-722 C. c. (n^o 62-1^o);

Action en réclamation de succession vacante, tant que les deux conditions de vacance subsistent (art. 811) (n^o 64);

Action en nullité de partage pour dol ou violence, quand le copartageant violenté ou trompé a aliéné tout ou partie de son lot depuis la cessation de la violence ou la découverte du dol (art. 892) (n^o 69);

Action en révocation de donation pour cause d'ingratitude

quand cette action est intentée après l'année (art. 937) (n° 73) ;

Action en exécution de l'obligation par un créancier après remise volontaire [au débiteur de l'écrit sous signature privée constatant la dette (art. 1282 C. c.) (n° 79) ;

Action en répétition d'intérêts payés quoique non stipulés (art. 1906), ou bien au contraire en paiement d'intérêts, au cas où le créancier a donné quittance du capital sans réserver les intérêts (art. 1908) (nos 93 et 94) ;

Action en paiement de dette de jeu (art. 1965) (V. II^e part., ch. II, sect. 4, note 4) ;

Action en recours contre le voiturier après réception pure et simple des objets transportés, — paiement du prix, et écoulement d'un délai de deux jours francs (art. 105 C. comm., mod. loi du 11 avril 1888) (n° 112).

23. — Telle est la rapide nomenclature des principaux cas de présomptions qui servent de fondement à des annulations d'actes ou à des dénégations de l'action en justice. Nous avons rappelé qu'à l'égard de plusieurs d'entre elles la loi a réservé la preuve contraire sans que pourtant on trouve jamais pareille réserve quand il s'agit d'une présomption de la première catégorie. Nous nous sommes en outre et par anticipation posé la question de savoir quelles raisons avaient guidé le choix du législateur lorsqu'il avait admis la possibilité de lutter contre certaines de ses présomptions, laissant par là même au juge dans ces diverses hypothèses sa liberté d'appréciation, plus ou moins restreinte, il est vrai, tandis que pour toutes les autres il le met en présence d'une règle inéluctable. En d'autres termes, pourquoi le législateur, après avoir pour certains cas déterminés posé une règle générale, introduit-il lui-même des exceptions à cette règle, alors que dans tous les autres cas parallèles il considère sa présomption comme absolument décisive, s'exposant ainsi à faire prévaloir une simple probabilité sur une preuve positive? Cette question, qui ne sollicite que très modérément l'attention si l'on étudie les présomptions légales à un point de vue purement théorique, s'impose au contraire lors-

qu'on les envisage dans leurs multiples applications, et nous serions heureux de la résoudre après l'avoir formulée, si nous ne craignons de nous heurter à une difficulté au-dessus de nos forces, et peut-être même, disons-le, de nous perdre à la recherche de l'introuvable.

24. — La plupart des auteurs qui ont entrepris de défendre ce que l'on est accoutumé d'appeler notre système de présomptions légales, bien que le terme de *système* convienne fort peu à l'idée qu'il représente, se sont bornés à développer cette thèse, que la stabilité de l'état des personnes, celle des propriétés, le besoin de calme et de sécurité pour une foule d'intérêts précieux obligent les auteurs de la loi à tenir pour vrais un grand nombre de points qui ne sont pas démontrés, mais dont l'existence est établie par une induction plus ou moins puissante; que, dans cette voie, ce que le législateur examine surtout, ce n'est pas si le fait connu réunit tous les caractères suffisants pour rendre probable le fait inconnu, mais seulement si l'intérêt social exige que l'on conclue de la constatation de l'un à l'existence de l'autre; qu'en un mot les principes sur les présomptions légales sont avant tout des règles de protection établies pour le bien général. Nous avons nous-mêmes adopté, presque au début de notre modeste étude, une partie de ces considérations. Mais qu'il nous soit permis de remarquer, au point où nous en sommes arrivés, que si elles suffisent à expliquer ou à justifier l'introduction des présomptions légales dans une législation, encore faudrait-il que, le principe une fois admis, la réglementation élaborée présentât dans ses différentes parties une suite logique, une unité, une cohésion qui permît de lui donner le nom de système, au lieu d'apparaître, faute d'une idée maîtresse dominant tout l'ensemble, comme le résultat d'une série de vues ou d'appréciations arbitraires sur les divers points soumis au régime des présomptions.

25. — Que l'on nous comprenne bien : nous ne dirigeons pour l'instant aucune critique contre le principe des présomptions légales. Nous admettons même que ce principe, étant

donné l'état actuel de nos mœurs, échappe à la discussion, sauf à rechercher plus tard, comme nous tenterons de le faire sous forme de conclusion à notre travail, dans quelle mesure les présomptions légales sont nécessaires et concourent au maintien de *l'édifice social*, puisque ces grands mots ont été mis en avant. La question qui se pose ici est uniquement la suivante : Une législation bien entendue doit autant que possible bannir l'arbitraire de ses dispositions exceptionnelles, et s'il ne peut être évité complètement, observer du moins dans la mise en œuvre de cet arbitraire une certaine méthode, un procédé logique, dans les limites où la logique peut se concilier avec l'arbitraire ; méthode qui laisse apercevoir au-dessus des *casus*, non seulement leur raison d'être, mais aussi le lien qui les unit d'abord les uns aux autres, quand on les considère par rapport à une disposition exceptionnelle identique, applicable à plusieurs d'entr'eux, pour rattacher ensuite leur ensemble à la règle générale. Ce procédé a-t-il été suivi par le législateur du Code civil en matière de présomptions légales ? Prenons quelques exemples ne présentant aucune ressemblance les uns avec les autres, au point de vue des situations :

Toute donation faite au père, à la mère, aux enfants d'un individu incapable de recevoir à titre gratuit est nulle comme réputée faite à l'incapable lui-même, sous le nom d'une personne interposée : voilà une présomption sur le fondement de laquelle la loi annule un acte, avec exclusion de preuve contraire ;

L'action en réclamation de l'état d'époux est refusée aux parties dont l'acte de mariage n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil : c'est là encore un cas de présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice, sans réserver non plus la preuve contraire ;

Autre hypothèse enfin de présomption absolue, excluant toute preuve contraire : l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'avaient pas été stipulés ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital.

Passons maintenant à des présomptions moins rigoureuses :

L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari de sa mère et ne peut être désavoué que sous certaines conditions étroitement déterminées : ici la présomption conduit bien le législateur à refuser l'action en justice, mais sans dénier complètement la preuve contraire ;

La remise du titre par le créancier au débiteur engendre au profit de celui-ci une présomption de libération, sans préjudice de la preuve contraire ;

En face de circonstances particulières qui font présumer la mitoyenneté, la loi dénie l'action en revendication de la pleine propriété, mais avec réserve de la preuve contraire en faveur de marques spéciales de non-mitoyenneté.

Voilà donc six exemples de présomptions légales absolues. Dans les trois premiers la loi donne à la règle qu'elle édicte toute la portée d'une vérité indiscutable, en proscrivant, quelles que soient les circonstances, la preuve destinée à combattre sa présomption. Dans les trois derniers, au contraire, elle se montre moins exclusive, moins sûre d'elle-même ; par exception elle autorise une vérification relative et permet de prouver l'inexistence du fait qu'elle avait regardé *a priori* comme suffisamment démontré. Or on conçoit que dans ces diverses matières les présomptions légales établies puissent se réclamer d'une nécessité d'intérêt général, l'organisation de la famille, de la propriété, du crédit se trouvant intimement liée à l'ordre public. Mais si l'idée générale qui justifie l'introduction des présomptions légales au nombre des règles de droit est l'idée d'ordre public, cette même raison d'ordre public, lorsque l'on veut expliquer les différences qui séparent ces présomptions au point de vue de la force probante, ne peut plus être acceptée comme idée générale, puisque, avec ce caractère, elle conduirait, soit à repousser toujours, soit à toujours admettre la preuve contraire : résultat diamétralement opposé à celui que nous constatons dans la loi, qui, elle, réserve la preuve contre telles ou telles présomptions, pour la prohiber à l'égard de toutes les autres.

D'autre part, si l'on décide que l'ordre public exige dans plusieurs cas, n'offrant aucun rapport de connexité, la réserve de la preuve contraire, alors qu'il en impose l'exclusion dans tous les autres, que nous importe l'intervention de cette notion d'ordre public, puisqu'elle ne se présente plus que comme idée toute particulière et contingente spéciale à chaque hypothèse et entraînant selon les circonstances une solution différente; tandis que ce que nous recherchons, c'est une idée générale, seule capable de donner au système un fondement solide et durable. Pourquoi le législateur permet-il de lutter contre la présomption de libération qu'engendre la remise de la grosse; pourquoi prohibe-t-il la preuve contraire et refuse-t-il l'action lorsqu'il s'agit de répéter les intérêts indûment payés? Faut-il reconnaître là le résultat de l'application d'une loi unique, conduisant à deux mesures différentes dans deux situations distinctes et par l'effet des circonstances spéciales qui constituent chacune de ces situations, ou bien ne devons-nous y voir que la conclusion d'appréciations et de points de vue particuliers, variant comme les esprits auxquels ils appartiennent, susceptibles de se modifier suivant les milieux, les influences et les époques, en tous cas dépourvus d'équilibre, si ce n'est celui que procure le hasard? C'est à cette seconde explication que l'on est contraint, croyons-nous, de s'arrêter lorsqu'on a parcouru le cercle d'applications des présomptions légales dans notre droit; et l'on avouera qu'elle n'est pas faite pour soustraire à la critique l'ensemble du système en le préservant du reproche d'arbitraire. Il fallait d'ailleurs que la base de la distinction qu'on se proposait d'établir entre les présomptions légales, d'après leur degré plus ou moins élevé de force probante, fût bien fragile pour que l'orateur du Tribunat n'ait trouvé en sa faveur de meilleur argument que celui-ci: «... Il n'en est pas moins constant que, « si la présomption légale n'est pas infaillible, elle est au « moins très légitime, et que si, d'un côté, elle souffre une « preuve contraire, parce qu'elle n'est point infaillible, elle « est considérée de l'autre comme la vérité, jusqu'à ce qu'elle

« soit détruite, précisément parce qu'elle est légitime et parce « que, dans l'absence du principe, elle doit en tenir lieu » (1). C'est la seule idée générale qui ait été exprimée dans toute la discussion.

26. — Quoi qu'il en soit, en principe aucune preuve contraire n'est admise, à moins d'une réserve formelle, contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule des actes ou refuse l'action en justice. Mais il nous reste encore à nous demander si cependant ces présomptions ne doivent pas disparaître, même en l'absence de toute réserve à cet égard, devant une preuve d'un genre particulier et pour ainsi dire privilégié, celle qui résulte de l'aveu ou du serment judiciaires. Tel est l'objet de la section suivante.

SECTION II

De l'aveu et du serment judiciaires considérés comme moyens de preuve contre les présomptions légales absolues.

27. — La question que nous venons d'énoncer est soulevée par un des textes les plus obscurs du Code, la disposition finale de l'art. 1352, « *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires* ». Rattachée à la proposition qui la précède immédiatement, « *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire,* » elle paraît bien signifier que, même contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule un acte on dénie l'action en justice, et bien que l'on ne trouve aucune réserve concernant la preuve contraire, cependant le serment et l'aveu judiciaires peuvent encore être invoqués et faire échec à la présomption, tous deux comme n'étant pas des preuves proprement dites, mais l'un, l'aveu, comme faisant *pleine foi* contre celui de qui il émane (art. 1356 C.c.), et l'autre, le serment, comme spécialement destiné par le législateur à couper court, par une sorte de transaction, aux

(1) Rapport au Tribunat sur le titre VII, liv. I, C. civ. (séance du 28 ventôse an XI).

procès (art. 1363 et 1368 C.c.), dès qu'ils ne mettent en jeu que des éléments d'ordre pécuniaire; le tout d'ailleurs suivant les règles posées pour l'aveu judiciaire et le serment litis-décisoire en matière d'intérêt purement privé. On peut ajouter, pour justifier cette interprétation, qu'elle est des plus équitables, puisqu'elle remet la solution de la difficulté à la conscience justement de celui au profit de qui existe la présomption légale. Enfin on remarquerait, non sans raison, que le législateur lui-même admet le serment contre la présomption de libération dans les petites prescriptions (C. c., art. 2275; — art. 189 C. comm.); que, s'il ne l'admet pas dans les grandes, c'est que celles-ci touchent à un point de vue d'intérêt public, au lieu d'être basées simplement sur la supposition d'un paiement probable; mais qu'en définitive rien ne s'oppose à ce que l'on considère la disposition finale de l'art. 1352 comme l'extension et la formule générale d'une idée dont une des plus importantes matières du Code nous fournit déjà une application indiscutable. Ainsi le serment litis-décisoire pourrait donc être déféré, la comparution personnelle ou l'interrogatoire sur faits et articles réclamé par un créancier sur la question de savoir, parexemple dans l'espèce de l'art. 1282, si ce n'est pas à titre purement provisoire ou de renseignement que l'écrit sous seing privé constatant la dette a été remis au débiteur qui se prétend libéré. De même, sous l'art. 450, aux termes duquel est prohibé tout achat de créance par le tuteur contre son pupille, en vertu d'une présomption de fraude, soit qu'on ne donne d'autre sanction à la prohibition que la nullité de la cession, le vendeur conservant sa créance et son action, soit qu'on refuse toute action au cédant comme au cessionnaire, il y aurait lieu de tenir compte au tuteur, contre qui est dirigée la présomption, d'un aveu judiciaire du mineur devenu majeur, et reconnaissant l'existence et la sincérité de la dette. En outre, on devrait permettre au tuteur de déférer dans le même but le serment à son ex-pupille (1).

(1) En ce sens : Aubry et Rau, VIII, § 750, texte et note 11; — Marcadé, V,

28. — Cependant la solution que nous venons d'exposer fait naître plusieurs objections. On lui reproche : — 1^o de ne pas attacher suffisamment d'importance à la rédaction particulière de l'art. 1352, qui ne dit pas : *et sauf l'application du serment et de l'aveu judiciaires*, — mais : *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*; — 2^o de conduire le législateur à se contredire lui-même, puisque, si contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi, sans réserver la preuve contraire, annule l'acte ou dénie l'action, il est permis au plaideur de déférer le serment à son adversaire ou de se prévaloir d'un aveu, comme l'aveu et le serment ont été, serait-ce à tort, rangés par le législateur au nombre des présomptions légales (art. 1350-4^o), on aboutit à cette singularité, que certaines présomptions légales absolues, l'aveu et le serment, pourraient, sans qu'on s'explique pourquoi, lutter contre d'autres présomptions légales, pareillement absolues, et l'emporter, bien que l'absolu ne comporte pas de degré. — Et ce qui pourrait paraître plus grave encore que la prépondérance accordée à deux présomptions absolues, l'aveu et le serment, sur et contre d'autres présomptions également absolues, c'est que, avec cette prépondérance, étayée sur un fragment d'article voté et promulgué en 1804, plusieurs autres dispositions, votées et promulguées au cours de l'année 1803 (exemple : art. 911, 1099 et 1100), se trouveraient complètement modifiées; car, à la lecture du texte ces dispositions ne laissent certes pas soupçonner l'admission du serment ou de l'aveu comme preuve contraire.

29. — Ces objections ont eu pour résultat de faire proposer une seconde interprétation, d'après laquelle la phrase *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires* doit être rattachée au 4^o de l'art. 1350, où l'aveu et le serment sont rangés parmi les présomptions légales. Dès lors elle ne signifierait plus que ceci, exprimé, il est vrai, dans un langage

art. 1352, III; — Bonnier, n^o 846, 5^e édit.; — Demante, II, n^o 841; — Colmet de Santerre, V, n^o 329 *bis*; — Baudry-Lacantinerie, II, n^o 1283; — Laurent, XIX, n^o 621.

obscur : *quant aux deux présomptions légales dont il reste à poser les règles, savoir : l'aveu et le serment, elles seront développées dans les deux sections suivantes.* En effet, le 1^o et le 2^o de l'art. 1350 ont leur développement dans l'art. 1352, dégagé de la disposition finale... *et sauf ce qui sera dit...*, etc...; le 3^o a le sien dans l'art 1351 : il ne restait donc plus qu'à développer le 4^o. Les rédacteurs du Code civil y ont pourvu en consacrant à chacune des deux dernières présomptions une section spéciale.

Au surplus, d'après cette théorie, qu'auraient de particulier, en tant que présomptions légales, l'aveu et le serment judiciaires? L'aveu proprement dit, ou fait sciemment, ferait pleine foi, comme toute présomption absolue, mais sans admettre jamais la preuve contraire, que la loi peut encore réserver pour les présomptions sur le fondement desquelles elle annule des actes ou dénie l'action en justice (art. 1352 C. c.); et, au cas d'erreur, il permettrait seulement la preuve d'une erreur de fait. (Art. 1356.) — Quant au serment, il faudrait distinguer entre celui qui est déféré par l'un des plaideurs à l'autre, et celui qui est déféré par le juge. Le premier, une fois prêté, exclurait toujours la preuve contraire (art. 1363) : il forme une sorte de transaction et revêt toute l'autorité de la chose jugée, (Art. 2052.) Le second, que le juge ne défère que pour s'éclairer davantage, laisserait au contraire à celui-ci toute sa liberté d'appréciation à l'égard des preuves adverses qui pourraient arriver à se produire, même à l'égard des simples présomptions de l'homme que lui suggéreraient les incidents du procès. Il est d'ailleurs bien probable que lorsque le juge aura déféré lui-même le serment, apparemment après mûre réflexion, il ne reviendra sur sa décision première que si la partie, intéressée à en éviter la conséquence, parvient à la combattre par des preuves absolument décisives (1).

(1) Larombière, *Oblig.*, VII, art. 1352, n^o 44; — Dalloz, *Répert.*, v^o *Obligations*, n^o 5007. — Cf. Pothier, *Traité des Oblig.*, n^o 844 et s.

30 (1). — Enfin M. Duranton (2) émet une opinion que l'on peut s'étonner de trouver dans un auteur aussi prudent, antipathique d'ordinaire aux innovations hardies. D'après cette théorie, le législateur, dans la proposition *et sauf ce qui sera dit...*, aurait, en réalité, voulu dire tout le contraire de ce qu'il exprime. En effet, la phrase se rapporte grammaticalement, comme celle qui la précède dans le même alinéa, aux présomptions sur le fondement desquelles la loi annule des actes ou dénie l'action en justice. Or, il faudrait, dans l'impossibilité de l'entendre ainsi, rapporter cette disposition aux présomptions étrangères à toute annulation d'actes, de même qu'à toute dénégation d'action, et qui se trouvent également comprises, mais virtuellement et par *a contrario*, dans la seconde partie de l'art. 1352. Le législateur, en employant un langage trop concis, aurait donc eu, suivant M. Duranton, un moment d'inattention, disons mieux, une forte distraction.

31. — Nous ne voyons pas, pour notre part, la nécessité d'adresser ce nouveau reproche à la loi. Il suffit, pour obtenir une explication satisfaisante, de s'en tenir au texte, et de

(1) La rédaction bizarre de l'art. 1352 pourrait même laisser croire que la disposition... *et sauf ce qui sera dit...* doit être rattachée, non au 4^e de l'art. 1350, non plus à tout ce qui précède dans la 2^e partie de l'art. 1352 (*Nulle preuve...*), mais seulement à la proposition *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire*, dont elle serait une restriction, en ce sens que dans le cas où, par exception, la preuve contraire est admise contre des présomptions sur le fondement desquelles la loi annule des actes ou dénie l'action en justice, cette preuve contraire, même une fois faite, laisserait encore à celui, au profit de qui est établie la présomption, une dernière ressource, un dernier avantage sur son adversaire, savoir la faculté, soit de lui déférer le serment litis-décisoire, soit de lui faire subir une comparution ou un interrogatoire sur faits et articles. Ainsi, le législateur atténuerait, en faveur de la présomption, sa concession exceptionnelle de la preuve contraire par un appel à la conscience de celui qui vient de l'administrer, et comme pour rendre cette preuve plus indubitable. — Mais cette interprétation ne saurait résister à la considération suivante : la preuve contraire étant réputée faite, il serait inadmissible qu'elle fût encore soumise à une contre-preuve, réalisée au moyen du serment et de l'aveu judiciaires, qui perdraient ainsi complètement leur caractère de modes de preuve pour prendre celui de moyens de vérification de la preuve. Ce serait introduire, par simple conjecture, dans notre droit, un élément tout nouveau et d'autant plus singulier qu'il aurait pour conséquence immédiate de reculer l'issue des procès en entravant leur cours, résultat en opposition manifeste avec l'objet nature de l'aveu et du serment judiciaires.

(2) XIII, n^os 415-416.

l'appliquer tout d'abord aux présomptions légales qu'il prévoit explicitement, sauf à l'étendre ensuite, par argument *a fortiori*, à toutes les autres. D'ailleurs, pour ces autres présomptions, à quoi bon dire qu'elles pourront être combattues par l'aveu et le serment, lorsqu'elles peuvent l'être en principe par tous les moyens de preuve ?

L'impossibilité d'appliquer notre texte aux présomptions explicitement prévues dans la première partie de l'art. 1352 n'existe pas : cela résulte des deux solutions que nous avons d'abord présentées. Mais faut-il adopter une de ces deux solutions, ou bien en chercher une nouvelle ? — La seconde interprétation, qui consiste à faire du serment et de l'aveu judiciaires deux présomptions légales ayant leur caractère comme leur place à part, ne nous paraît pas devoir être retenue ; et nous croirons l'avoir suffisamment établi quand nous aurons montré que l'aveu et le serment ne peuvent être rangés au nombre des présomptions légales. (V. *infra*, n° 47.) — Quant à la première, les objections que nous avons exposées subsistent contre elle.

En définitive il nous semble que, à l'égard de la proposition... *et sauf ce qui sera dit sur l'aveu et le serment...*, le commentaire doit simplement procéder comme si cette disposition n'existait pas, c'est-à-dire passer à l'étude des articles suivants sur l'aveu et le serment judiciaires, afin d'y rechercher dans quels cas et dans quelle mesure ces deux moyens de preuve peuvent être invoqués, même contre celles des présomptions légales sur le fondement desquelles la loi annule des actes ou dénie l'action. C'est bien probablement ce qu'aura voulu dire le législateur ; mais sa pensée n'a trouvé qu'une expression obscure, dans la forme d'un renvoi dont il aurait pu facilement se dispenser, et qui ne s'explique que par l'intention d'écarter toute espèce de doute sur la recevabilité de l'aveu et du serment à l'encontre des présomptions légales absolues : cette recevabilité, les rédacteurs du Code entendaient bien l'autoriser, mais seulement après une étude attentive et approfondie de ces nouveaux moyens de preuve,

dans leur application à telle ou telle espèce déterminée et en tenant compte de leurs règles spéciales.

Cette interprétation nous ramènera d'ailleurs dans une certaine mesure à la première explication (n° 27), mais avec des distinctions et des nuances suffisantes pour faire disparaître ou du moins pour affaiblir la principale objection qu'elle soulève et que nous avons reproduite ci-dessus (n° 28-2°, *in fine*).

Enfin, à l'égard de la question qui nous occupe et de la solution que nous adoptons, il nous paraît d'une bien faible importance de rechercher si le serment et l'aveu judiciaires sont eux-mêmes des présomptions légales (avec l'art. 1350), ou bien s'ils restent en dehors de cette classe de preuves (avec l'art. 1316); car tout l'intérêt se concentre sur la question de savoir quelle est leur portée, leur valeur contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule un acte ou dénie l'action en justice, et le législateur peut lui-même ne pas s'être inquiété de tout autre point de discussion purement doctrinale.

Cependant, une des opinions que nous avons combattues se fondant principalement sur ce que les rédacteurs du Code auraient considéré le serment et l'aveu judiciaires comme de véritables présomptions légales, nous étudierons ce point spécial dans la seconde partie de notre travail, avant d'aborder l'examen des diverses hypothèses régies par des présomptions.

32. — Une dernière remarque concernant cette disposition... *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*, qui a tant préoccupé les commentateurs, c'est qu'elle paraît être restée presque complètement étrangère à la pratique et à la jurisprudence. Du moins n'avons-nous trouvé qu'une seule décision judiciaire relative au rôle de l'aveu et du serment en matière de présomptions légales (1). Cela viendrait-il de ce qu'un plaideur qui a déjà contre lui une pareille

(1) Cass., 13 janvier 1875. — Cet arrêt consacre l'interprétation exposée dans notre n° 27.

présomption ne croit pas prudent d'augmenter ses pertes de temps et d'argent par la demande, soit d'une comparution personnelle, soit d'un interrogatoire sur faits et articles, ou par celle d'une délation de serment, contre un adversaire qui entend bien tirer parti et profit de la présomption que la loi lui offre ?

33. — Le système que nous venons de présenter sur le sens et la portée de la restriction finale de l'art. 1352 va nous permettre de traiter différemment, et d'une manière plus juridique que celle admise jusqu'ici, les présomptions *juris et de jure* à l'égard desquelles il n'existe aucune réserve de preuve contraire, et celles, de la même catégorie, contre lesquelles cette preuve est permise, mais en même temps se trouve subordonnée à l'emploi de certains moyens de preuve étroitement spécifiés. Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer (*suprà*, n° 14) que cette seconde classe, ou sous-classe, de présomptions ne devait pas se confondre avec la première : il nous reste à montrer quel est l'intérêt de la distinction.

Nous venons de dire que, si par la disposition dernière de l'art. 1352 le législateur avait uniquement cherché à écarter toute espèce de doute sur la recevabilité de l'aveu et du serment judiciaires comme moyens de combattre les présomptions légales absolues, pourtant il n'avait entendu autoriser l'administration de ce genre de preuves qu'après une étude spéciale de chaque hypothèse et en tenant compte des règles particulières, non seulement à l'aveu et au serment, mais aussi aux diverses présomptions envisagées séparément. Or lorsque la loi, au lieu de réserver la preuve contraire en général (exemple : art. 1283 C. c.), commence par l'exclure, pour ne la permettre que moyennant le recours à certains modes de preuve exceptionnels (exemple : art. 654, 667, 670, 1499, 1504 C. c., art. 558 et s. C. comm.), est-il possible d'ajouter aux moyens indiqués le serment et l'aveu judiciaires ? L'affirmative est certaine dès que l'on voit dans la proposition... *et sauf ce qui sera dit sur le serment et*

l'aveu... une règle générale destinée à faire considérer ces deux modes de preuve comme toujours sous-entendus. Au contraire, lorsqu'on restreint la portée de cette disposition au sens que nous lui avons reconnu, la négative devient beaucoup plus probable, et c'est en sa faveur que nous n'hésitons pas à conclure. — En effet, on ne peut plus objecter que, si le serment et l'aveu sont recevables contre les présomptions qui repoussent en principe toute preuve contraire, ils doivent l'être à plus forte raison contre celles à l'égard desquelles la loi se montre beaucoup moins rigoureuse et permet dans une certaine mesure de combattre sa décision. Car tout d'abord l'exclusivisme de la loi n'est moindre qu'en apparence, puisqu'à vrai dire, dans les hypothèses visées, il n'y a le plus souvent de présomption qu'en l'absence des éléments contradictoires que l'on considère comme moyens de preuve exceptionnellement autorisés, et de plus ce serait toujours reconnaître à l'emploi de l'aveu et du serment le caractère de principe général ; or, nous espérons l'avoir démontré, ce principe manquerait de fondement. Que reste-t-il alors dans les cas où contre une présomption absolue certaines preuves sont seules admises ? Une disposition par laquelle le législateur, après s'être reporté aux différents modes de preuve du droit commun, les repousse indistinctement, y compris par suite l'aveu et le serment judiciaires, pour ne se départir de sa rigueur qu'en faveur de certains moyens de preuve offrant des garanties particulières, et dont l'emploi lui semble présenter moins de danger. N'y a-t-il donc pas là une condamnation formelle, bien qu'implicite, du recours à l'aveu et au serment ? Et dès lors quels motifs invoquer pour les faire prévaloir ? D'un côté, leur admission contre les présomptions légales absolues, étant donné que la règle générale pour les présomptions légales *juris et de jure* est d'interdire toute preuve contraire, n'a que la portée d'une règle exceptionnelle, autorisée à la fois par la nature particulière de ces deux moyens de preuve et par le caractère spécial des présomptions contre lesquelles ils sont invoqués. D'un autre côté, leur exclusion implicite est

également exceptionnelle, puisqu'on ne peut refuser de les ranger au nombre des modes de preuve de droit commun, et que ce même droit commun, s'il était respecté, exigerait la liberté de la preuve. Ainsi, à quelque point de vue que l'on se place, il est impossible de sortir des exceptions et de formuler un principe général. Pourquoi donc entre deux règles, exceptionnelles au même degré, donner à l'une la préférence plutôt qu'à l'autre? Laissons à chacune d'elles le terrain d'application qui lui est attribué par la loi, dont ce serait, croyons-nous, méconnaître l'esprit que d'essayer d'établir en cette matière un rapport de subordination ou de prééminence d'une disposition à l'autre. En résumé, lorsque nous nous trouvons en présence d'une présomption sur le fondement de laquelle repose, soit une annulation d'acte, soit une dénégation d'action en justice, sans réserve implicite ou explicite de la preuve contraire, nous savons, en vertu de l'art. 1352 : — 1° que cette preuve contraire est en principe interdite; — 2° que, par exception, l'aveu et le serment pourront être admis, à la condition qu'ils ne soient exclus, ni par les règles qui leur sont propres, ni par le caractère de la présomption. — Or, la seconde condition fait défaut lorsqu'il s'agit d'une présomption *juris et de jure* à l'égard de laquelle la loi a réservé quelque mode de preuve expressément défini, puisque cette réserve même suppose l'examen préalable par le législateur de tous les autres moyens de preuve de droit commun, puis leur exclusion, et par conséquent celle de l'aveu et du serment (1).

D'ailleurs, dans la plupart des cas où l'on essaierait de faire intervenir l'aveu ou le serment contre une présomption légale absolue contre laquelle la loi a déjà réservé certains modes de preuve contraire spéciaux, ne se heurterait-on pas à une impossibilité pratique presque insurmontable? Prenons comme exemple l'hypothèse des art. 558 et s. du Code de

(1) Pour ces motifs nous estimons avec la Cour de cassation qu'en matière de courtes prescriptions on doit s'en tenir à la lettre de l'art. 2275 C. c., et n'autoriser que la délation du serment, à l'exclusion de la comparution personnelle et de l'interrogatoire sur faits et articles en vue d'obtenir un aveu (Cass., 27 juillet 1853; — 7 novembre 1860; — 28 novembre 1876; — 26 janvier 1881.)

commerce. Sous la présomption légale d'une collusion entre les deux époux au préjudice de la masse des créanciers, la femme ne peut produire et faire valoir ses droits dans la faillite de son mari qu'en les établissant par actes authentiques. Comment la femme aurait-elle ici recours à l'aveu ou au serment contre ses adversaires, les créanciers? Ne sont-ils pas trop nombreux, trop différents les uns des autres, le plus souvent étrangers au mari et à la femme, pour avoir une connaissance personnelle de leurs relations d'intérêt? Or, nous verrons que, sans cette connaissance personnelle, le serment et l'aveu sont inadmissibles. Ajoutons que l'hypothèse des art. 558 et s. C. comm. n'est pas le seul exemple que l'on puisse citer, et qu'une impossibilité analogue, sinon identique, se rencontre dans les cas prévus par les art. 1499 et 1504 du Code civil.

34. — Si les présomptions *juris et de jure*, contre lesquelles la loi a réservé certains modes déterminés de preuve contraire, repoussent par là même tous les autres moyens de droit commun, et notamment l'aveu et le serment judiciaires, d'autres présomptions légales comportent également *de plano* pareille exclusion. Nous avons fait remarquer (*suprà*, n° 16) qu'il importait de ne pas traiter de semblable manière et de ne pas ranger dans la même catégorie toutes les présomptions qui servent de justification à des annulations d'actes. En effet, tandis que les présomptions légales proprement dites, celles que le législateur a fait rentrer dans son système des preuves, soumettent à la nullité les actes auxquels elles s'appliquent, en les réputant, d'après leur seule qualité, faits en fraude de la loi, un assez grand nombre de règles, bien que réunissant les principaux éléments constitutifs des présomptions légales absolues, doivent être considérées, non comme des moyens de preuve, mais comme de simples prescriptions législatives, dont l'effet est de soumettre les actes qui y contreviennent à une action en nullité ou en rescision, et cela sur la seule évidence de l'infraction. Parmi ces dernières, nous avons cité les présomptions d'incapacité, de

dol, d'erreur ou de lésion, sur lesquelles la loi s'appuie pour déclarer nuls les actes faits par les mineurs, les interdits, les femmes mariées; le traité passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur, d'après l'art. 472 C. c.; et certaines dispositions ou stipulations prévues par les art. 909, 2078, 2088, etc.

Or, maintenant que nous avons vu à quel titre le serment et l'aveu peuvent intervenir contre les présomptions légales *stricto sensu*, c'est-à-dire comme moyens de preuve opposés à d'autres moyens de preuve, ceux-ci, dans l'espèce, étant réputés moins efficaces que ceux-là, il nous paraît évident que ni le serment ni l'aveu judiciaires ne sont susceptibles d'être invoqués à l'encontre des présomptions sur le fondement desquelles certains actes sont déclarés nuls comme entachés des vices d'incapacité, de dol, d'erreur ou de lésion. Ainsi, comment admettre qu'un tuteur puisse, en déférant le serment à son ex-pupille, soustraire à la nullité le traité que celui-ci lui a consenti, sans que les dispositions de l'art. 472 eussent été au préalable observées? Ici, il ne s'agit pas en effet de rechercher et de prouver que l'ancien mineur s'est engagé en toute connaissance de cause et n'a subi aucune lésion. Ces deux points seraient-ils hors de doute, que l'art. 472 n'en devrait pas moins recevoir sa rigoureuse application; car il ne participe en rien de l'idée de preuve et n'a d'autre raison d'être que celle de réaliser au profit des incapables la protection la plus efficace. Il en est de même pour toutes les autres dispositions analogues que nous avons signalées. Que l'on prenne, par exemple, la prohibition de recevoir à titre gratuit, édictée par l'art. 909 C. c., dans la crainte de captation possible, contre quelques personnes plus particulièrement suspectes, ou bien encore celle qui frappe, en matière de gage ou d'antichrèse, toute clause commissaire, même l'aveu du donateur dans le premier cas, du débiteur dans le second, ne saurait modifier les conséquences de l'inobservation de la loi, parce que, nous le répétons, le législateur, dans ces diverses hypothèses, a fait abstraction complète de l'idée de preuve et que l'aveu et le serment, lorsqu'ils sont admis contre les

présomptions légales, n'interviennent que pour remplacer par une preuve plus forte, plus manifeste, celle qui résulte de la présomption. Si la comparaison nous est permise, il serait, à notre avis, aussi peu juridique d'autoriser l'emploi du serment ou de l'aveu contre une de ces présomptions que de le permettre sur la question de savoir si de nouvelles conventions matrimoniales, introduites pendant le mariage, échappent à la prohibition de l'art. 1395 C. c. La nature de la règle est la même dans les deux cas et cette dernière considération doit nous dispenser d'une plus longue démonstration.

35. — Nous ne pouvons songer à étudier l'aveu et le serment judiciaires dans toutes les dispositions que leur a consacrées le Code (art. 1354-1369 C. c.) : cet examen formerait à lui seul l'objet d'un important travail ; en outre, il s'écarterait de l'objet de notre étude, qui, restreinte aux présomptions légales proprement dites, ne comprend pas, comme nous en avons déjà fait l'observation, l'aveu et le serment. Nous n'avons qu'à relever celles des règles qui, dans la matière de l'aveu et du serment, se rattachent à la question de la preuve contre les présomptions légales.

Nous ne nous occupons du serment et de l'aveu qu'en tant qu'ils sont l'un et l'autre judiciaires, conformément à la disposition finale de l'art. 1352. Cependant nous devons remarquer que l'aveu, même extrajudiciaire, pourrait encore être invoqué contre une présomption légale qui admettrait toute preuve contraire, si de plus il s'agissait d'une espèce où la preuve testimoniale fût permise. (Art. 1355 C. c.) Ainsi les plantations, constructions et ouvrages, extérieurs ou souterrains, sont présumés faits par le propriétaire du sol à ses frais, et lui appartenir, sauf preuve du contraire (art. 553 C. c.) ; or, si on se trouve dans une hypothèse où la preuve testimoniale est admise, soit par elle seule, soit avec le complément d'un commencement de preuve par écrit (art. 1341 et 1347), les intéressés seraient fondés à se prévaloir d'un aveu extrajudiciaire émané du propriétaire, pourvu qu'il n'y eût aucun

doute à cet égard ; et cet aveu, une fois établi, aura la même force que s'il était judiciaire, c'est-à-dire une force absolue, capable par suite de détruire la présomption légale.

A ce point de vue, c'est en matière commerciale, où l'admission de la preuve testimoniale est laissée à l'appréciation du tribunal, que l'aveu extrajudiciaire trouvera sa plus large application contre les présomptions légales. Par exemple, la présomption que les billets souscrits par un commerçant le sont pour son commerce, quand aucune autre cause n'y est exprimée (art. 688 C. comm.), sera valablement combattue par l'aveu même extrajudiciaire d'une cause différente.

Quant au serment extrajudiciaire, il ne saurait avoir en cette qualité aucune valeur probante ; il ne pourrait que se confondre avec l'aveu extrajudiciaire.

36. — Dans l'art. 1352, rapproché de l'art. 1350 - 1^o et 2^o, l'aveu et le serment judiciaires n'interviennent que relativement à des actes d'un caractère pécuniaire. D'ailleurs la place même attribuée par le Code civil à la matière de l'aveu et du serment, dans le titre des Obligations, indique bien que la pensée du législateur ne s'est reportée, pour l'admission de ces deux moyens de preuve, en fait ou non de présomptions, qu'aux actes effectivement d'intérêt privé, par opposition à ceux d'intérêt public(1) ; et sous cette expression d'*intérêt public* on doit entendre également tout intérêt relatif à l'organisation de la famille. Ainsi on ne pourrait déférer le serment décisoire ou prétendre obtenir un aveu sur une question de paternité (2). Il n'y a donc pas lieu de prendre à la lettre l'art. 1358, aux termes duquel le serment litis-décisoire en particulier pourrait être déféré *sur quelque espèce de contestation que ce soit* ; il faut au contraire restreindre la disposition de l'art. 1358, con-

(1) Par exemple, le créancier pour dette de jeu ne pourrait déférer le serment à son débiteur sur la question de savoir s'il a gagné loyalement, ou se prévaloir sur ce point d'un aveu judiciaire.

(2) Le projet du nouveau Code civil pour l'Empire d'Allemagne se montre moins sévère à cet égard que le Droit français : on reconnaît au père la faculté de déférer à la mère le serment en matière de désaveu. Il y a évidemment là une conception particulière de l'ordre public, que nous n'avons pas d'ailleurs à apprécier. (Exposé des motifs, § 1469.)

formément à l'esprit de la loi sainement entendue (*Compar.* : art. 1163 C. c.), et cet esprit résulte de la combinaison des art. 1352 et 1350-1^o et 2^o.

De même une comparution personnelle ou un interrogatoire sur faits et articles à l'effet d'obtenir un aveu judiciaire ne saurait être accordé en dehors des matières d'intérêt privé, malgré l'expression *en toutes matières*, employée par l'art. 324 du Code de procédure : il ne faut voir dans ces termes qu'une opposition aux matières spéciales qui demandent un rapport d'experts. (Art. 302-323 C. pr. civ.)

37. — Les faits relativement auxquels l'interrogatoire est demandé doivent être pertinents (art. 325 C. pr. civ.); s'il en était autrement, il n'y aurait dans cet incident de procédure que frais inutiles et temps perdu. De même, et pour des motifs identiques, le serment litis-décisoire ne peut être déféré ou référé que sur un fait personnel à celui qui doit le prêter. (Art. 1359 et 1362 C. c.) Par exemple, il s'agit d'une nullité de donation pour interposition de personnes, et la demande en annulation est intentée, non par le donateur lui-même, mais par son héritier : la personne présumée interposée ne doit pas obtenir de déférer le serment, parce que le fait litigieux, la donation, à travers lequel il s'agit de découvrir l'intention du donateur défunt, n'est en rien personnel à l'héritier demandeur. Dans la même hypothèse, des conclusions à fin d'interrogatoire sur faits et articles ne devraient pas davantage être écoutées, puisque le fait sur lequel porterait l'interrogatoire n'est pas pertinent, c'est-à-dire n'implique par lui-même aucun signe d'intention (1).

(1) Cet argument nous semble préférable de beaucoup à celui qui tend à faire considérer la personne réputée interposée comme frappée elle-même de l'incapacité de recevoir; interprétation que nous aurons d'ailleurs à examiner plus loin. (*Infra*, n^o 71 *in fine*.) De même nous éprouvons quelque peine à admettre que l'ordre public se trouve intéressé lorsque la demande en nullité est intentée par les héritiers du donateur. En effet, si l'intérêt des familles, et par suite l'ordre public, était engagé dans la question, il devrait non moins énergiquement s'opposer à l'aveu et au serment lorsqu'ils émaneraient du donateur lui-même (*Compar.* Bonnier, *Traité des Preuves*, n^o 846, 5^e édit.).

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ D'UN CERTAIN NOMBRE DE CAS D'APPLICATION DES PRÉSUMPTIONS LÉGALES EN DROIT PRIVÉ

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES

SECTION PREMIÈRE

Aperçu du droit romain en matière de présomptions légales (1).

Retour à notre droit.

38. — Les textes du droit romain ne nous fournissent aucune définition des présomptions soit simples soit légales. Mais d'autre part, dans les diverses applications de présomptions qu'ils nous présentent, rien ne s'oppose à ce qu'on leur adapte la double définition du droit français (art. 1349 et 1350, al. 1), puisée du reste elle-même, pour le sens, dans les anciens commentateurs de la législation romaine. Dans ses *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum*, Heineccius définit les présomptions *argumenta e facti visceribus ingeniose eruta*, par opposition aux *argumenta extrinsecus petita, veluti testes, instrumenta, jusjurandum* (§ CXVI). Suivant Cujas, *præsumptiones sunt veluti anticipationes quædam de eo quod in re est communi sensu perceptæ ex eo quod plerumque fit.* (*Paratit. in lib. quinquag. Dig., liv. XXII, tit. III.*) (V. également : Pothier, *Pandect.*, liv. XXII, tit. III, sect. III, n° 22 ; et *Obligations*, n° 806.)

(1) Il est à peine besoin de rappeler ici que pour le droit romain le qualificatif *légale* se réfère à tous les modes d'établissement du droit, depuis la loi proprement dite (*lex*) jusqu'à la coutume. (*Inst.*, liv. I, tit. II, §§ 3-9.)

Nous avons observé (*suprà*, n° 12) que l'introduction des présomptions dans la loi peut et doit être regardée comme une conséquence directe de la civilisation. Cette appréciation se justifie en particulier par l'étude du droit romain. Pendant plusieurs siècles, il serait peut-être bien difficile d'y relever une seule présomption légale, s'imposant, même avec admission de la preuve contraire, au juge et aux plaideurs. Les seules présomptions qu'on y rencontre paraissent n'avoir été que de simples conjectures, abandonnées, comme les moyens de preuve ordinaires, à l'appréciation souveraine du juge : et l'on conçoit aisément qu'il en fût ainsi, puisque les parties, laissées libres de choisir elles-mêmes leur juge, devaient logiquement s'en remettre à lui du soin de peser les moyens de preuve quelconques qui lui seraient présentés ou qu'il découvrirait lui-même dans la cause. Il en est de même aujourd'hui pour les arbitres appelés à trancher un différend en la qualité d'*amiables compositeurs*. (C. pr., art. 1019.)

39. — L'une de nos plus importantes présomptions légales, celle qui, semble-t-il, grâce à son caractère de règle d'utilité publique, aurait dû s'imposer à toutes les époques, la présomption de l'*autorité de la chose jugée*, ne paraît pas avoir existé comme présomption légale dans le droit romain des premiers siècles. La forme de langage sous laquelle elle se présente dans les textes, *exceptio rei iudicatæ* (D., liv. XLIV, tit. II), ou plutôt ce terme *exceptio* dénote par lui-même une innovation, et une innovation relativement récente dans l'histoire du droit romain. (Gaius, IV, 108.) En outre, sous l'empire du système des *legis actiones* et des *judicia legitima*, alors que le droit primitif du demandeur se trouvait éteint *ipso jure* par un effet de la procédure même, il n'y avait point place pour une présomption, pas plus que dans le cas d'une novation par le moyen de la stipulation. (Gaius, III, 176-181.) Mais lorsque la *procédure formulaire* eut remplacé celle des *legis actiones* et que l'introduction des *judicia imperio continentia* eut fait disparaître ce qu'a-

vait de trop restrictif le système des *judicia legitima*, le droit du demandeur continua d'exister *jure civili*, malgré la condamnation ou l'absolution, et le préteur dut recourir à son remède ordinaire des *exceptions*, ici à l'exception *rei judicatæ*, afin que la même affaire, déjà jugée, ne se représentât pas utilement pour être jugée de nouveau, mais suivît son cours d'exécution. Les jurisconsultes, dans leurs interprétations, fixèrent, avec une minutieuse analyse des détails, les conditions de l'*eadem res* en cette matière, et, sous le bénéfice de ces conditions, proclamèrent comme règle de droit la valeur probante des jugements : *Res judicata pro veritate accipitur*. (L. 207, D., liv. L, tit. XVII, *De reg. jur.*)

Nous n'avons pas à étudier ici les conditions de l'*eadem res*, que le législateur du Code civil a résumées dans l'art. 1351 ; mais nous devons nous demander si la règle *res judicata*... avait en droit romain, comme elle l'a en droit français, le caractère de présomption *légale*, et si, en cas d'affirmative, elle y recevait la même étendue d'application. Qu'elle fût une présomption légale dans la législation de Justinien, cela ne fait pas de doute, puisque ce prince s'approprie et transforme en lois les opinions des jurisconsultes qu'il approuve, notamment l'opinion d'Ulpien, à qui est empruntée la formule *res judicata*... On doit admettre également, et pour la même raison, qu'il en était ainsi depuis l'ordonnance par laquelle Théodose II conféra force de lois aux ouvrages des cinq jurisconsultes, Gaïus, Paul, Ulpien, Modestin et Papinien. Enfin, comme le droit coutumier imite la loi (*Inst.*, liv. I, tit. II, § 9), et qu'Ulpien nous dit lui-même que *la chose jugée EST REÇUE pour la vérité*, ce qui indique une pratique coutumière, il faut encore reconnaître qu'à l'époque de ce jurisconsulte, c'est-à-dire vers le milieu du m^e siècle de notre ère, et sans doute longtemps (1) auparavant, la présomption de la vérité ou de la force probante des jugements était passée à l'état de présomption légale ou, plus exactement, *coutumière-légale*. Ajoutons que le même Ulpien nous donne un exemple frap-

(1) *Conf.* Cicéron. *Pro Sulla*, n° 22.

pant de cette force probante dans une hypothèse où il est question de l'état des personnes, et spécialement de l'état d'ingénuité, dont les Romains se montraient si jaloux : « *Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.* » (D., L. XXV, liv. I, tit. V, *De statu hom.*) (1). Mais il est probable qu'avant d'en arriver là l'autorité de la chose jugée eut à franchir de nombreuses étapes, car il n'est pas dans la nature des législations primitives de réaliser de prime-saut leur forme dernière. De plus, lors même qu'elle fut définitivement consacrée comme règle de droit indiscutable, la présomption de vérité attachée à la chose jugée n'obtint jamais dans la législation romaine le caractère d'absolue vérité que lui reconnaît notre droit : il fut toujours admis que, dans les cas de violation certaine des dispositions de la loi (2), les jugements étaient nuls de plein droit indépendamment de tout appel. (D., liv. XLIX, tit. VIII, *Quæ sentent. sine appell. rescind.* ; — L. 1., C., liv. VII, tit. XLV, *De sent et interl.*)

40. — Il existe dans notre droit une autre présomption légale très importante que l'on exprime en ces termes : « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.* » (C. c., art. 312.) On la rattache d'ordinaire au droit romain et spécialement à ce fragment du jurisconsulte Paul... : « *pater vero is est quem nuptiæ demonstrant.* » (L. 5, D., liv. II, tit. IV, *De in j. voc.*) Mais dans ce texte, d'après la place qu'il occupe au titre *De in jus vocando*, comme dans la loi qui le précède et dans celles qui le suivent, il semble bien qu'il soit uniquement question de l'autorisation préalable, nécessaire pour avoir le droit de *vocare in jus* certaines personnes à qui le demandeur doit le respect, un père ou une mère, par exemple. Il pourrait donc se faire que la disposition de Paul, bien qu'énoncée d'une manière générale, ne contînt qu'une règle spéciale à un point de droit tout parti-

(1) C'est évidemment de ce texte que les commissaires de Justinien ont détaché la proposition *res judicata...* pour en faire une règle à part au titre *De regulis juris*.

(2) Adde : L. 1, § 1, D., liv. XLIX, tit VIII. *Quæ sent. sine appell. rescind.*

culier, et qui ne se retrouve même plus dans notre législation. Dans ce cas, la présomption, légale d'ailleurs comme celle de la chose jugée, contenue dans la loi 5, D., *De in jus vocando*, serait tout entière au profit du mari de la mère contre l'enfant, et nullement au profit de l'enfant, contre le mari de sa mère.

Quand, au lieu de ce point de détail, on aborde la question générale de la filiation légitime, avec toutes ses graves conséquences au profit de l'enfant, on ne trouve ni la disposition *pater is est...*, ni rien qui rappelle notre présomption légale de l'art. 312. S'il y a débat sur la légitimité, il se vide par les moyens de preuve ordinaires, au besoin même par des présomptions, mais par des présomptions laissées à la libre appréciation du juge. Ainsi, on pourra bien partir d'une présomption favorable à l'enfant, mais elle n'aura que la valeur d'une simple considération de fait, de morale et de raison, basée sur ce que l'inconduite d'une femme, et surtout d'une femme mariée, ne serait-ce que par respect de la famille, ne doit jamais se présumer. D'autre part, certaines présomptions, plus fortes peut-être, pourront en sens contraire être favorables au mari. (L. 6, D., liv. I, tit. VI, *De his qui sui.*) (1). En résumé, la présomption *pater is est...*, dùt-elle être généralisée, c'est-à-dire appliquée même à l'hypothèse dans laquelle intervient la présomption du droit français, toute au profit de l'enfant, différerait encore considérablement de celle-ci, puisque, d'après le texte précité de Paul, elle admettrait la preuve de tous faits propres à appuyer le désaveu, au lieu de la restreindre étroitement à quelques-uns de ces faits.

(1) Dans la loi citée, le jurisconsulte Paul paraît ne poser aucune limite aux causes de désaveu; seulement il ne reporte la pensée qu'à des causes physiques, à des empêchements matériels pour le mari de cohabiter avec sa femme, non à des causes morales, comme la haine ou l'antipathie, qui trouvaient d'ailleurs à Rome un prompt remède dans la facilité du divorce. De la remarque de Julien, rapportée dans ce texte, « qu'on n'e saurait tolérer, lorsqu'un mari a constamment demeuré avec sa femme, qu'il lui suffise, pour repousser l'enfant, de ne pas le reconnaître, » on peut même conclure qu'antérieurement pareil motif suffisait, ou que du moins les juges se montraient très faciles sur ce point et que ce ne fut que l'interprétation des jurisconsultes qui tardivement apporta quelques obstacles au désaveu.

En laissant pleine latitude au mari dans l'action en désaveu, sans couvrir l'enfant et la mère d'une présomption légale particulièrement difficile à combattre, le système romain, favorable au père et à la famille dont il était chef ou membre, constituait d'un autre côté, lorsque le mari n'usait pas de la liberté qui lui était laissée, ou, en usant, ne triomphait pas, une reconnaissance non équivoque, une constatation aussi certaine que possible de la paternité, et par là même un hommage éclatant rendu à l'honneur de la mère. Dans le système français; au contraire, la mère et l'enfant peuvent ne devoir leur succès et leur sécurité qu'au rempart banal, pour ne pas dire plus, de la présomption, souvent invraisemblable, qui les protège. Mais notre législateur semble avoir été surtout et peut-être exclusivement dominé par l'intérêt de l'enfant. Au risque d'introduire un adultérin dans la famille, il a voulu garantir l'enfant légitime contre tout danger de perdre celle à laquelle il a droit.

41. — En droit romain comme en droit français, la fixation de la durée la plus longue et la plus courte de la grossesse repose sur une présomption légale, le mystère même dont s'entoure la nature sur ce point ne laissant place qu'à la conjecture. Nous allons d'ailleurs rencontrer en cette matière plusieurs actes législatifs, succédant à l'application du seul droit coutumier : l'intérêt et l'importance de la question exigent donc que nous entrions ici dans quelques détails.

A. — La plus courte durée de la grossesse paraît avoir toujours été fixée, du moins dans le droit classique, à 180 jours pleins, comme dans notre droit. (L. 3, § 12, D., liv. XXXVIII, tit. XVI, *De suis et legit.*) (1). La présomption légale sur ce point résulte d'un rescrit rendu par l'empereur Antonin, qui invoque à l'appui de sa décision l'autorité d'Hippocrate. Un second texte, du jurisconsulte Paul, qui se recommande également d'Hip-

(1) Le texte cité, emprunté à Ulpien, porte cependant 182 jours; mais il faut défalquer de ce nombre d'abord le jour de l'accouchement, puis, dans l'espèce, celui de l'affranchissement de la femme esclave dont il s'agit, et qui se maria le jour même où elle fut affranchie, puisqu'on se trouve en matière d'enfants *sui et legitimi*.

pocrate, décide que l'enfant né *septimo mense est perfectus partus*, et par conséquent, s'il y a mariage, *justus filius*. (L. 12, D., liv. I, tit. IV, *De stat. hom.*) Mais cela n'implique nullement la nécessité d'une grossesse de sept mois pleins ou de 210 jours, puisque naître, même le premier jour du septième mois, c'est encore naître *septimo mense*, c'est-à-dire dans le septième mois. — Enfin, un troisième texte, tiré celui-là des *Sentences* de Paul (§ 5, liv. IV, tit. IX, *Ad senatusconsultum Tertullianum*), après avoir commencé par dire que l'enfant, *septimo mense natus matri prodest*, ce qui concorde bien avec le fragment précité, ajoute... : « *ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur*, » et par là même devient quelque peu obscur. Cependant, outre que cette disposition finale ne détruit pas la première proposition, dont la signification grammaticale très claire est parfaitement conforme aux autres textes, il faut remarquer qu'elle se réfère, non plus à un point de droit, mais à une observation physiologique, comme l'indiquent non seulement le mot *maturior* (*maturior partus*), mais encore l'intervention de Pithagore dans la difficulté. — Ajoutons, en terminant, sur cette première question, que, si la durée de la grossesse en *minimum* est la même en droit romain qu'en droit français, on ne trouve pas dans le droit romain, au profit de l'enfant né avant le 180^e jour depuis le mariage, l'espèce de légitimation ou de légitimité fictive que lui accorde le droit français dans l'art. 314 du Code civil.

B. — Quant à la durée maxima de la grossesse, dix mois ou trois cents jours (1), mentionnée par le jurisconsulte Paul, dans ses *Sentences* (texte précité, § 5, liv. IV, tit. IX), elle l'est également par Ulpien (L. 3, § 11, D., *De suis et legit.*), par Scævola (L. 29, D., liv. XXVIII, tit. II, *Deliber. et posth.*), et par Justinien. (L. 4, C., liv. VI, tit. XXIX, *De posth. her.*) Aulu-Gelle (*Nuits att.*, liv. III, ch. xvi) fait même remonter à la loi des XII Tables la fixation des 300 jours; et il n'y aurait

(1) Lorsqu'il s'agit de naissances tardives, les textes disent ordinairement *mois, menses*, au lieu de *jours, dies*.

rien d'étrange à ce que les décenvirs se fussent en effet occupés de ce point spécial, comme se rattachant aux *hereditates legitimæ*, quoiqu'on puisse s'étonner que les jurisconsultes ne disent rien de cette origine. Mais la suite du récit d'Aulu-Gelle jette quelque incertitude sur cette question de la durée *maxima* de la grossesse. Il expose qu'une dame romaine, de mœurs irréprochables, ayant accouché dans le onzième mois qui suivit la mort de son mari, se vit accusée par l'opinion publique, qui se fondait précisément sur la loi des XII Tables, d'avoir entretenu depuis le commencement de son veuvage un commerce illicite; mais que l'empereur Adrien, après avoir pris connaissance de l'affaire, décréta qu'un enfant peut être mis au monde dans le onzième mois. Aulu-Gelle rapporte qu'il a lui-même lu le décret et qu'il y a vu que l'empereur s'autorisait des avis conformes des médecins et des philosophes anciens; il n'est donc guère possible de mettre en doute ce point d'histoire. Il est vrai qu'on peut aussi ne voir dans le décret d'Adrien qu'une *constitutio personalis*. (*Inst.*, liv. I, tit. II, § 6.)

Ce qui devient beaucoup plus difficile à expliquer, c'est ce que raconte en dernier lieu notre historien, pour l'avoir lu dans le VII^e livre de l'*Histoire naturelle* de Pline l'Ancien: un préteur, L. Papirius, aurait accordé, au préjudice d'un agnat, la *bonorum possessio ut liberi* à un enfant né dans le treizième mois depuis la mort du mari de sa mère; et cela en se fondant, lui préteur, sur ce motif, qu'il n'apercevait pas de terme fixe établi pour les accouchements. — L'étrangeté de ce dernier acte porte les commentateurs à le mettre en doute, d'autant mieux que Pline ne l'aurait connu lui-même que de seconde main. Pour notre part, nous accepterions cependant volontiers comme exact dans les faits tout le récit d'Aulu-Gelle, qui, du reste, n'est pas contredit par les textes des jurisconsultes; et, combinant ces divers renseignements, nous en concluons simplement que la plus longue durée de la grossesse reposait bien en principe sur une présomption légale, remontant même à la loi des XII Tables,

mais que la législation romaine, tenant compte des erreurs d'observation toujours possibles et des circonstances particulières à chaque hypothèse, avait fait de cette présomption légale une présomption *juris tantum*, admettant la preuve contraire : les décisions d'Adrien et de Papirius ne seraient que des applications en ce sens. — Au contraire la plus courte durée de la grossesse aurait reposé sur une présomption *juris et de jure*, par suite de l'impossibilité physiologique à laquelle se heurterait toute autre conclusion. — Dans le même ordre d'idées, et si le rapprochement nous était permis, nous dirions que même en droit français l'art. 315 du C. civil qui décide : « *la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée,* » — pourrait fort bien être entendu en ce sens que la légitimité de l'enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, *serait susceptible* d'être combattue, l'examen des faits permettant dans ce cas l'admission de la preuve contre la présomption sur laquelle est fondée la légitimité. Mais on donne généralement à notre article un tout autre sens, savoir : que la réclamation de légitimité doit être repoussée par cela seul qu'il est établi que l'enfant est né trois cents jours après la dissolution du mariage.

42. — Les cas que nous venons de citer ne sont pas les seuls exemples de présomptions légales en droit romain. La matière des testaments nous en fournit plusieurs autres, expressément consacrés par des actes législatifs.

D'après un rescrit d'Antonin, le legs de la chose d'autrui n'est valable que si le testateur savait que la chose léguée ne lui appartenait pas. Or il y a présomption légale qu'il l'ignorait, sauf la preuve contraire admise de la part du légataire, demandeur en délivrance du legs. (*Inst.*, liv. II, tit. XX, § 4.)

Des rescrits des empereurs Sévère et Antonin Caracalla introduisent les présomptions légales suivantes : — 1° lorsque le testateur a légué sa propre chose, mais hypothéquée, c'est à l'héritier de la dégager en payant la dette, si le testateur connaissait l'hypothèque ; mais il y a présomption lé-

gale qu'il ne la connaissait pas, de même que pour le legs de la chose d'autrui. Par suite le légataire qui prétendrait rejeter sur l'héritier le fardeau de la dette hypothécaire, et recevoir la chose libre, devrait prouver chez le testateur la connaissance de l'hypothèque (*eod.*, § 5); — 2° si le *decujus*, après avoir légué sa propre chose, l'a aliénée ou bien hypothéquée, le legs subsiste, sous la présomption, jusqu'à preuve contraire, que le testateur n'a pas entendu révoquer la libéralité (*eod.*, § 12); — 3° le pécule d'un esclave affranchi par testament ne lui est dû que s'il lui a été expressément légué; tandis que dans un affranchissement entre vifs il suffit, pour que le pécule soit dû, qu'il n'ait pas été retiré. Dans le legs de pécule fait à l'esclave n'est pas compris ce qui peut lui être dû pour déboursés justifiés par l'intérêt du maître. Il y a legs de pécule par cela seul que le testateur a déclaré que son esclave serait libre après avoir rendu ses comptes et qu'il garderait l'excédent (*eod.*, § 20.). — Ces différentes hypothèses sont dominées par une présomption légale de la volonté du maître, contre laquelle il ne paraît même pas que la preuve contraire fût admise, sans doute parce qu'un débat sur tel ou tel de ces points aurait été considéré comme une atteinte au pouvoir dominical. — Nous en dirons autant du cas où le maître, après avoir institué son esclave héritier *cum libertate*, l'a aliéné : par cette aliénation il est présumé avoir changé de volonté; et cette présomption n'est pas non plus susceptible d'être combattue par la preuve contraire. (*Inst.*, liv. II, tit. XIV, § 1.)

Signalons enfin dans la matière des testaments une dernière présomption légale qui présente un double intérêt, d'abord en ce qu'elle est fort ancienne dans l'histoire du droit romain, et de plus en ce qu'elle sert de fondement, non à une dénégation d'action, mais au contraire à une concession d'action. Dans la *querela inofficiosi testamenti* le testateur est présumé n'avoir pas joui, lors de la confection du testament, de toute sa liberté d'esprit (*Inst.*, liv. II, tit. XVIII, princ..., *hoc colore, quasi non sanæ mentis*), quoique le

testament soit parfaitement valable en la forme et pour le fond. La présomption ne va pas jusqu'à faire admettre la folie (... *non quasi vere furiosus*), ce qui conduirait à déclarer nul de plein droit l'acte de dernière volonté; mais elle permet au *querelans* d'attaquer par voie d'action le testament comme contraire au devoir de famille. Ainsi limitée à la concession de l'action, la présomption est absolue et ne peut être combattue par l'héritier ou autre intéressé; mais une fois l'action délivrée au *querelans*, celui-ci se trouve dans la position de tout demandeur, qui doit justifier de sa demande, sans plus avoir pour lui aucune présomption légale.

43. — Il nous reste à présenter quelques exemples de présomptions légales empruntées au droit des obligations :

1° Le fait d'être resté cinq ans, et, dans la législation de Justinien, deux ans, sans invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ou sans intenter la *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*, entraîne contre le débiteur, en vertu d'un contrat *litteris* ou d'une stipulation, une présomption légale absolue de numération. (V. *suprà*, Thèse de Dr. rom., n^{os} 66 et s.) (*Inst.*, liv. III, tit. XXI.) Pendant le délai au contraire une présomption inverse de non-numération favorise le prétendu débiteur; mais cette présomption peut, à la différence de la précédente, être combattue par la preuve de la numération;

2° Si l'écrit dressé pour une stipulation porte qu'il y a eu promesse, c'est-à-dire réponse, sans mentionner en même temps une interrogation préalable, l'interrogation est légalement présumée avoir été faite (*Inst.*, liv. III, tit. XIX, § 17), sauf, pour le prétendu débiteur, à établir la preuve du contraire;

3° Un écrit mentionnant une créance est trouvé barré aux mains du créancier : la cancellation fait présumer la libération du débiteur, sauf au créancier, dit le jurisconsulte Modestin, à prouver, *manifestis probationibus*, la non-libération (L. 24, D., liv. XXIV, tit. III, *De probat. et præs.*);

4° Si le créancier a remis au débiteur la *cautio* constatant

la créance, on présume qu'il est intervenu entre les parties un pacte *ne petereetur*, équivalant au paiement (L. 2, § 1, D., liv. III, tit. XIV, *De pact.*) (1);

5° Plusieurs comptes d'affaires ou d'intérêt, pour diverses causes, ont été réglés entre deux personnes, très proches parentes (frère et sœur), sans que dans aucun de ces comptes il ait été fait mention d'une créance particulière de l'une de ces personnes contre l'autre : d'après un décret de l'empereur Claude, qui eut à connaître de l'affaire, il y a par cela seul remise tacite de cette créance si elle existe. (L. 2, D., *De probat et præ.*) En rapportant cette espèce, Papinien se l'approprie et la généralise, sans faire mention de preuve contraire ;

6° En matière d'impôts, et par analogie, suivant nos anciens commentateurs, pour toutes les dettes payables par années, les quittances de trois années successives emportent présomption que les années précédentes ont été également payées (L. 3, C., liv. X, tit. XXII, *De apochis.* — V. Pothier, *Des obligat.*, n° 846);

7° S'il est prouvé par écrit qu'une femme a reçu de l'argent pour un cautionnement qu'elle a fourni, il en résulte une présomption absolue que ce n'est point par suite de la fragilité naturelle à son sexe qu'elle s'est rendue caution, ce qui l'empêche de réclamer le bénéfice du sénatus-consulte Velléien. (L. 23, C., liv. IV, tit. XXIX, *Ad. senat. Vell.*)

Nous devons relever enfin deux présomptions toutes spéciales au droit romain et qui ne se rattachent à aucune des matières que nous venons de parcourir :

1° Le bien acquis par la femme durant le mariage est réputé provenir des deniers de son mari, à moins qu'elle ne justifie le contraire (L. 51, *Quintus Mucius...*, D., liv. XXIV, tit. I, *De donat int. v. et ux.* — L. 6, C., *eod. tit.*);

(1) La loi 2, § 1, D., *De pactis*, est évidemment le point de départ de la règle de notre art. 1232. En tous cas, c'est à propos de cet texte que nous trouvons déjà presque complètement formulée dans les glossateurs la théorie qu'adopteront les rédacteurs du C. civ. dans l'art. précité. (V. notamment Bartole, sur la loi 2, § 1, D., *De pactis*.)

2° Deux personnes accusées d'adultère se font décharger de cette accusation en prouvant qu'elles sont proches parentes et qu'ainsi on ne peut pas supposer qu'elles ont commis un pareil crime. Mais dans la suite ces deux personnes en viennent à se marier ensemble. Leur mariage emporte présomption de la vérité de l'accusation à laquelle elles étaient parvenues à se soustraire... *veluti convictum facinus confesumque puniri...* (L. 34, C., liv. IX, tit. IX, *Ad. leg. Jul. de adult.*)

(V. également, pour d'autres exemples, *suprà*, Thèse de Dr. rom., n° 7, 3° et 4°; et n° 8, 1°, 2°, 3°.)

44. — De toutes ces règles fort peu se retrouvent dans notre droit actuel avec le caractère de présomptions légales; les autres ne peuvent plus figurer que parmi les présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. Tel cependant n'avait pas été le point de vue de notre ancien droit. Portés à étendre le cercle des présomptions légales, libres d'ailleurs sous ce rapport de toute entrave, nos vieux jurisconsultes avaient scrupuleusement respecté toutes les présomptions établies par la législation romaine, élargissant même leurs applications au risque d'en diminuer l'autorité. Peut-être, au fond de cette tendance à multiplier les présomptions *a priori*, ne faut-il voir en réalité que la manifestation d'une doctrine généralement admise alors, d'une idée plus philosophique que juridique, plus de raisonnement que de pratique, dont Montesquieu lui-même s'est fait le défenseur: « En fait de présomptions, nous dit-il, celle de la loi « vaut mieux que celle de l'homme. Lorsque le juge présume, « les jugements deviennent arbitraires; — lorsque la loi « présume, elle donne au juge une règle fixe (1). » Ici la forme du langage vaut mieux que la pensée: c'est un reproche que mérite quelquefois l'auteur de l'*Esprit des lois*. Plus sagement inspiré, le législateur de 1804 a compris que si l'arbitraire est dangereux chez les juges, il est intolérable

(1) *Esprit des Lois*, liv. XXIX, ch. xvi.

dans la loi, qui, par son irrévocabilité même vis-à-vis de ceux qui sont chargés de l'appliquer, est à l'abri de tout recours. Dans chaque affaire, de nombreuses circonstances peuvent venir éclairer le magistrat et le mettre en défiance contre ses propres présomptions. Ces circonstances, ces détails dont l'enchaînement fait seul la valeur, forcément la loi les néglige : comment pourrait-elle en tenir compte à l'avance ? Elle ne les connaît même pas. Or, n'est-ce pas le véritable arbitraire, celui qui consiste à faire peser sur l'une des parties, souvent au mépris de droits légitimement acquis et parce que l'on présume qu'ils pourraient ne pas l'être, tout le fardeau d'une situation inférieure ? C'est ce que n'a pas voulu notre Code civil, au moins dans la mesure estimée par lui compatible avec la nécessité. Le droit qu'il venait remplacer faisait un véritable abus des présomptions légales ; l'art. 1350 y a coupé court en donnant de ces présomptions une définition absolument restrictive, qui ne permet ni d'en établir de nouvelles, ni même, en l'absence d'un texte formel, de conserver les anciennes, par respect exagéré d'une législation morte.

SECTION II

Présomptions communes au droit public et au droit privé.

45. — Toute loi, promulguée et rendue publique suivant les modes établis, est présumée connue après l'expiration d'un certain temps depuis sa promulgation et sa publication. (C. civ., art. 1 ; — Ord. du 27 nov. 1816 et du 18 janv. 1817 ; D., 5 novembre 1870.) Il y a là une véritable présomption égale, formulée généralement sous la maxime latine : « *nemo jus ignorare censetur*. » En principe cette présomption n'admet pas la preuve contraire. Mais : — 1° un décret-loi du 5 novembre 1870, relatif au mode de promulgation et de publication des actes législatifs, décide dans son dernier article que, même en matières pénales, administratives et militaires,

la preuve contraire à la présomption pourra être admise, mais seulement lorsque la contravention à la loi aura été commise dans les trois jours qui en auront suivi la promulgation et la publication. — Le décret de 1870 [paraît au surplus laisser aux tribunaux et aux autorités administratives et militaires une grande liberté d'appréciation pour accueillir, *selon les circonstances*, l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants; — 2° quand il s'agit de l'application d'une loi dont l'objet spécial est de protéger ou de favoriser ceux qui auraient agi de bonne foi, on doit être admis, sauf disposition contraire (art. 1336 et 2032 C. c.), à invoquer l'ignorance de la loi, c'est-à-dire l'erreur de droit, comme on est reçu, en règle générale, à invoquer l'erreur de fait. Ainsi, en matière de mariage putatif, par exemple, de même que pour la perception des fruits ou pour la prescription, on doit être admis à se prévaloir de l'erreur de droit (1).

La présomption légale que *nul n'est censé ignorer la loi* comporte donc deux degrés de force probante : en principe, cette présomption est absolue, c'est-à-dire exclusive de toute preuve contraire, même en matière privée ; par exception la preuve contraire est admise dans les deux hypothèses que nous venons d'indiquer. Mais même dans ces cas, et par application des règles générales en matière de présomptions légales, l'ignorance de la loi ne doit jamais à son tour être présumée ; il faut, pour que les tribunaux l'admettent, qu'elle soit clairement établie par celui qui l'invoque.

46. — De la présomption générale relative à la connaissance que doit avoir de la loi chaque citoyen on peut rappro-

(1) V. notamment : Cass., 42 mars 1845 ; — Colmar, 18 janv. 1850 ; — Cass., 4 août 1859 ; — Lyon, 24 fév. 1881. — Comme le font très justement remarquer MM. Aubry et Rau, « les dispositions légales qui ont pour objet de venir au secours de celui qui a été victime d'une erreur ou d'accorder certains bénéfices à la bonne foi n'atteindraient qu'imparfaitement leur but si elles distinguèrent entre l'erreur de droit et l'erreur de fait... Il ne s'agit plus d'ailleurs d'écarter l'application de la loi même que l'on prétend avoir ignorée. Celui qui se prévaut de l'erreur de droit le fait bien moins pour se soustraire à la disposition de la loi qu'il allègue n'avoir pas connue que pour se faire relever, en vertu d'une autre disposition légale, directement applicable à la contestation, des conséquences de sa propre volonté qui n'a été déterminée que par cette erreur. » (I, § 28, notes 5 et 7, p. 55.)

cher un grand nombre d'autres hypothèses, tant en droit public qu'en droit privé, où la connaissance d'un fait ou d'un acte est présumée acquise par une certaine publicité et l'expiration d'un certain laps de temps. Il en est ainsi, par exemple, en fait d'absence (art. 118, 119, 121 C. c.); — de publications de mariage (art. 63-65, 166 C. c.); — de jugement de séparation entre époux ou de divorce (art. 873 et 880 C. pr. c.); — de sociétés commerciales, pour leur publicité (L. 24 juillet 1867, art. 55 et s.); — d'assurances maritimes, pour le cas de perte des objets assurés, ou bien au contraire de leur heureuse arrivée, avant la signature du contrat (art. 365 et 366 C. comm.); — de faillites, pour les avertissements donnés aux créanciers à l'effet de comparaître (art. 492 et 502 C. comm.); — de procédure au criminel par contumace (C. instr. cr., art. 465-467.). C'est d'ailleurs, nous le répétons, dans les différentes branches du droit public que notre présomption trouve ses principales applications. Imposée par l'intérêt général et supérieur de la société, elle n'admet, en principe, aucune preuve contraire.

SECTION III.

De l'aveu et du serment comme inexactement rangés parmi les présomptions légales. — Observations connexes sur l'autorité de la chose jugée.

47. — Dans l'énumération des présomptions légales de l'art. 1350 est présentée comme telle *la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment*. Or on peut s'étonner de voir l'aveu et le serment qualifiés *présomptions légales*, lorsque d'une part, dans l'art. 1316 qui, lui, énumère les moyens de preuve, l'aveu et le serment sont au contraire absolument séparés des présomptions, et que, d'autre part, ils s'en détachent plus sensiblement encore par cela même que leurs règles sont exposées dans deux sections bien distinctes de celle consacrée aux présomptions. (Art. 1349-1353; — art. 1354-1356; — art. 1357-1369.) On peut

ajouter que d'après la définition même de l'art. 1349 il ne serait pas rationnel de traiter l'aveu et le serment comme des présomptions légales, puisque l'aveu et le serment opèrent sur un fait unique, le fait litigieux, et opèrent directement, sans qu'il apparaisse que l'on ait à tirer une conséquence d'un fait connu à un fait inconnu. Ce qu'on doit reconnaître, c'est que, pour les faire entrer dans l'organisation des preuves, le législateur est bien parti d'une présomption ; mais, une fois leur place et leur rôle déterminés, le serment et l'aveu ne devaient pas plus constituer des présomptions légales qu'ils ne forment à proprement parler des moyens de preuve. Ils ne sont pas de simples moyens de preuve, puisqu'ils réalisent directement, immédiatement, la preuve et qu'en ce sens on a pu dire qu'ils ont pour conséquence de dispenser de toute preuve celui qui les invoque et d'enlever au juge le pouvoir d'en exiger une. Ils ne peuvent non plus être regardés comme des présomptions légales, puisque, pris en eux-mêmes, ils ne renferment aucun raisonnement et, pour nous servir d'une expression mise à la mode par la littérature juridique anglaise, aucune *construction* du connu à l'inconnu (1). En réalité, l'aveu et le serment constituent des motifs de décision imposés au juge par la loi, motifs qui dans certaines circonstances primeront tous les autres, même les présomptions légales (art. 1352, *in fine*), parce qu'il est nécessaire de couper court aux contestations, même au détriment de la preuve (2).

Contre l'exclusion de l'aveu et du serment du nombre des présomptions légales on pourrait objecter que la disposition de l'art. 1350 occupe une place importante au cœur même de la matière, tandis que celle de l'art. 1316 n'a qu'une importance secondaire, comme tout autre article de simple énumération, destinée à recevoir un développement ultérieur ;

(1) Laurent, XIX, n° 611.

(2) V. *suprà* : Thèse de droit rom., n° 56 et s., n° 52 ; — Aubry et Rau, VIII, § 749, texte et notes 28 et 29, p. 149. — *Contrà* : en sens divers : Bonnier. *Traité des preuves*, 5^e édit., n° 345 et la note ; — Larombière, IV, art. 1346, n° 8 ; — Demolombe, XXIX, n° 217-219 ; — Baudry-Lacantinerie, II, n° 1294.

et qu'ainsi cette énumération, où l'aveu et le serment sont distingués des présomptions, peut n'avoir d'autre but que d'amener le classement par sections, auquel procède dans la suite le législateur. Nous croyons cependant plus probable que les rédacteurs du Code civil, en classant l'aveu et le serment parmi les présomptions légales, ont été dominés par un point de vue pratique, d'après lequel il n'y aurait de moyens de preuve proprement dits que ceux avec lesquels les plaideurs se présentent à l'audience, sur lesquels par conséquent ils comptent ou espèrent pouvoir compter, et qui, suivant un langage assez usité aujourd'hui, se trouvent former de la sorte des moyens de preuve *préconstitués*; ce qui exclurait bien alors l'aveu et le serment, pour ne guère retenir que la preuve littérale et la preuve testimoniale. Ainsi rejetés en dehors des moyens de preuve entendus dans ce sens restrictif, l'aveu et le serment semblaient devoir trouver leur place parmi les présomptions, qui ne rentrent point non plus dans la catégorie des preuves que les plaideurs se ménagent eux-mêmes à l'avance; et spécialement parmi les présomptions légales, puisque la loi organise ces dernières, comme elle organise l'aveu et le serment décisoire, sans rien laisser à l'initiative du magistrat (1).

Peut-être enfin le législateur, en faisant, dans l'art. 1330, al. 4, de l'aveu et du serment des exemples de présomptions légales, a-t-il simplement agi sous l'influence de la disposition précédente de l'alinéa 3, où l'autorité de la chose jugée est également citée au nombre des présomptions légales; influence tenant à ce que l'aveu judiciaire serait considéré comme une sorte de jugement (*confessio in jure pro judicato habetur*), et que le serment litis-décisoire, dûment déféré, met fin, lui aussi de même qu'un jugement, à la contestation. (*Post rem*

(1) Faut-il ajouter, ce que l'on remarque toujours pour le serment décisoire, qu'il s'analyse en une espèce de transaction entre plaideurs; or, une transaction, pas plus que toute autre convention, ne peut constituer une présomption légale. Dans le serment supplétoire on aperçoit bien une présomption au cas particulier où le plaideur, à qui le juge défère ce serment, refuserait de le prêter. Mais il n'y aurait là qu'une présomption abandonnée à l'appréciation du magistrat.

judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil queritur... L. 56, D., *De re judicat.*)

48. — Quant à l'autorité de la chose jugée ou, plus exactement, des jugements, qu'elle soit provisoire ou définitive (1), est-elle bien elle-même, au point de vue de sa force probante, une présomption, dans le sens de la définition des présomptions, considérées comme moyen de preuve? Sans aucun doute la chose jugée est présumée être la vérité; elle est fondée sur une présomption justificative de l'autorité du jugement relativement à l'affaire qui a été jugée, de manière que si pareille affaire, la même dans tous ses éléments essentiels, se représentait une seconde fois devant la justice, elle ne pourrait plus être jugée de nouveau, parce que la vérité est une; pas plus d'ailleurs qu'un contrat ne saurait être renouvelé efficacement, sans aucune modification, pas plus qu'un aveu judiciaire ou un serment ou tout autre moyen de preuve, une fois qu'il a rempli sa fonction dans une affaire, ne saurait l'y remplir une seconde fois. Pour un jugement, dès qu'il est rendu, et qu'il a obtenu l'autorité exécutoire, il n'y a plus qu'à le faire exécuter comme on fait exécuter une convention, moyennant les titres et formalités exigés. Mais si l'on veut considérer le jugement comme un moyen de preuve, comme une présomption légale ayant vraiment le caractère de moyen de preuve, il faut, pour rester dans la définition des présomptions légales, avoir deux faits ou actes, l'un connu, l'autre inconnu, et du premier, une fois son existence prouvée, s'il y a lieu, par les moyens de preuve ordinaires, tirer la preuve de l'existence du second par voie de conséquence. Or on a bien le fait connu, c'est le jugement même, ou l'objet qu'il constate; seulement où voir le deuxième fait, le fait inconnu, qui doit se prouver par une conséquence du premier? Ce ne peut être un nouveau procès qui se présenterait sur la même affaire, identiquement la même (art. 1351); car ce nou-

(1) En effet, pour cette autorité au point de vue de la preuve et non de l'exécution, il n'importe que l'affaire soit, à proprement parler, définitivement jugée ou qu'elle soit encore susceptible de recours, dès que ce recours, qui peut, il est vrai, tout remettre en question, ne se trouve pas encore exercé.

veau procès ne constituerait nullement un nouveau ou second fait demandant à être prouvé : il ne pourrait l'être ni directement, ni indirectement, c'est-à-dire par voie de conséquence, et doit être écarté de plein droit, précisément parce qu'il n'est pas nouveau, ou distinct du premier. Dira-t-on que le jugement est la preuve, à titre de présomption légale, de la prétention qui auparavant était contestée? Mais ce n'est pas le jugement qui forme en pareil cas la preuve; c'est le moyen de preuve lui-même, par exemple un écrit ou des témoignages, employé pour obtenir ce jugement, qui, lui, n'a fait que contrôler le moyen de preuve et l'accepter en imprimant à sa constatation l'authenticité. Pour qu'un jugement, une fois rendu, pût désormais servir lui-même de preuve, comme présomption légale, il faudrait le supposer invoqué devant une autre juridiction, à l'appui du fait dont cette seconde juridiction est appelée à connaître. C'est ce qui se produit dans tous les cas où il y a influence de la chose jugée, au civil et comme se référant à une question préjudicielle, sur l'action criminelle, au criminel sur l'action civile. Ainsi, un jugement civil a reconnu l'existence de la validité d'un mariage contesté, et l'un des époux est poursuivi au criminel pour avoir contracté un second mariage avant la dissolution du premier: le jugement civil fera preuve au criminel pour établir la bigamie, sans qu'on puisse objecter cependant qu'il n'y a plus l'identité d'affaire qu'exige l'art. 1351; cet article, en effet, suite de la disposition qui le précède (art. 1350-3°), se place à un point de vue spécial, celui de l'autorité de la chose jugée en tant que la même affaire ne peut plus se représenter de nouveau, sauf les moyens autorisés de recours; tandis que dans notre exemple le jugement civil forme contre l'époux, qui est poursuivi au criminel, un acte authentique considéré *erga omnes* comme l'expression de la vérité (1).

En résumé l'autorité de la chose jugée, en tant que moyen de preuve, aurait pu être placée dans une section spéciale,

(1) Sur l'influence de la chose jugée au civil sur l'action criminelle et réciproquement, V. Larombière, VII, art. 1851, n° 165 et s.

comme le sont l'aveu et le serment; au contraire, envisagée comme obstacle au renouvellement du même procès, l'autorité de la chose jugée aurait dû recevoir ses règles dans le titre préliminaire du Code civil, ou bien même à la matière des contrats considérés en eux-mêmes, parce qu'il reste encore vrai de dire à certains points de vue : *judiciis quasi contrahimus*. (C. c., art. 1165 et 2052.)

49. — Sous aucun rapport, en tout cas, il ne rentre dans notre étude des présomptions légales en général d'analyser et d'examiner les divers éléments nécessaires pour donner à une décision judiciaire l'autorité de la chose jugée : pareil examen formerait l'objet d'un ouvrage trop étendu pour que nous osions l'entreprendre. Nous n'aurons pas non plus, pour les raisons ci-dessus exposées, à étudier en détail les deux matières de l'aveu et du serment, qui ne se rangent pas, à vrai dire, parmi les présomptions légales : nous n'avions à nous y arrêter que dans la mesure nécessaire à l'explication de la disposition finale de l'article 1352. (V. *suprà*, n° 35.)

CHAPITRE II

EXPOSÉ D'UN CERTAIN NOMBRE DE PRÉSUMPTIONS LÉGALES DU DROIT PRIVÉ

50. — Nous avons déjà observé que l'art. 1350, dans son énumération, ne présente que des exemples. Nous aurions pu commencer par l'étude de ces exemples, pour passer ensuite à l'examen d'un grand nombre d'autres cas également fort importants, disséminés dans les différentes parties du droit privé et que ne rappelle même pas l'art. 1350. Ce procédé aurait eu l'avantage d'épuiser d'abord le texte de l'art. 1350, et par là même de se mieux conformer à la pensée du législateur dans l'exposé des présomptions légales. Mais il présente d'autre part le grave inconvénient de séparer et d'isoler les unes des autres, dans une même matière, les différentes présomptions légales qu'elle comporte, et qui demandent au contraire à être groupées pour que l'esprit de la loi en ressorte plus clairement : loin de l'éclairer, il rendrait donc plus obscur encore l'ensemble de notre sujet. Aussi préférons-nous suivre dans cette étude des présomptions légales l'ordre même que le Code civil assigne aux différentes matières qui le composent. C'est ainsi que nous avons déjà procédé lorsque, avant d'aborder l'examen de l'art. 1352, al. 2, nous avons eu à rappeler par voie de simple énumération les cas les plus importants de présomptions légales absolues. Toutefois, bien qu'en suivant ainsi l'ordre du Code civil nous paraissions vouloir en extraire toutes les présomptions légales qu'il contient, nous n'entendons au contraire qu'en examiner un certain nombre. Nous risquerions autrement de nous perdre dans les détails et sur-

tout nous donnerions à notre travail une étendue excessive, que n'exige pas l'exposé des principes, notre unique objet.

SECTION PREMIÈRE

Présomptions relatives à l'état des personnes.

§ I. — *Absence.*

51. — Dans l'absence proprement dite, telle qu'elle est envisagée au titre des *Absents*, on trouve, relativement aux biens de l'absent, trois présomptions légales, ou trois degrés de présomption, admettant la preuve contraire. Dans la première période dite de *présomption d'absence*, la présomption légale est que l'absent existe; dans la deuxième période, dite *d'envoi en possession provisoire*, la présomption de vie est comme balancée à poids égal par celle de mort; dans la troisième période, dite *d'envoi en possession définitif*, la présomption de mort l'emporte, sans pourtant encore être assez puissante, croyons-nous, pour entraîner l'ouverture de la succession de l'absent (art. 130 et 718 C. c.) ou mettre fin au régime matrimoniale sous lequel il est marié. (Art. 129 et 1441 C. c.) — D'ailleurs dans aucune des trois périodes la présomption légale n'a d'effet spécial sur les droits éventuels qui pourraient échoir à l'absent et qui exigent toujours, en dehors même de l'absence proprement dite, la preuve de l'existence du bénéficiaire au moment de l'ouverture du droit. (Art. 135 et s.)

L'absence n'exerce non plus aucune influence pour l'ouverture de la tutelle des enfants mineurs, ni, à plus forte raison, pour la dissolution du mariage, qui est maintenu, quelle que soit la durée de l'absence, tant qu'il n'est pas rapporté une preuve légale du décès de l'absent. (Art. 227 C. c.; — Av. C. d'État du 7 avril 1805.) Cependant, si un nouveau mariage venait à être contracté par l'époux présent, dans l'une ou l'autre des trois périodes de l'absence, cette nouvelle union

ne pourrait être attaquée que par l'absent (art. 439) ; de sorte qu'il y a dans ce cas particulier, et au profit des nouveaux époux, une présomption légale inverse de la présomption que nous venons de constater, celle du décès de l'absent au moment de la célébration du second mariage de son conjoint (1). Toutefois nous croyons que, si dans ce cas l'action en nullité est déniée à tout autre que l'absent, il n'en est ainsi que sous la réserve implicite et d'ordre public de la preuve contraire, c'est-à-dire de la preuve que l'absent existait au moment de la célébration de la nouvelle union. (Art. 147, 184, 190 et 1352.) En d'autres termes, si, d'après l'art. 139, l'absent est seul recevable à attaquer le second mariage, c'est à la condition qu'il y ait toujours absence, parcequ'alors l'absent a seul le secret de son existence. Mais du moment qu'un intéressé, ou le ministère public, intente l'action en nullité, en commençant par administrer la preuve de l'existence de l'absent, on ne se trouve plus dans l'hypothèse de l'art. 139, ni, plus généralement, dans celle du titre des Absents : il n'y a plus absence proprement dite. En décider autrement, ce serait aller jusqu'à refuser l'action en nullité à tout autre que l'absent, alors même que cet absent, ou ex-absent, serait de retour, à la connaissance de tout le monde, mais qu'il n'attaquerait pas lui-même le mariage de son conjoint, trop satisfait peut-être du nouvel état de choses pour vouloir le changer. Pour l'honneur de la loi et de la morale publique, il faut admettre que, si le législateur, dans l'art. 139, n'a accordé l'action en nullité qu'au seul absent, ce n'est pas dans le but de la refuser à tous autres, même pour bigamie (art. 284 et 147 C. c.), mais uniquement dans celui de bien préciser que pareille action ne saurait être fondée, malgré le respect dû au premier mariage, sur ce que le fait seul de l'absence ne suffisait pas à autoriser la nouvelle union du conjoint présent. — Ce second mariage est couvert en quelque sorte d'une présomption légale de bonne foi (2).

(1) Cassat., 12 août 1828.

(2) Cette question est des plus controversées ; elle n'a pas donné lieu à

§ II. — *Mariage.*

52. — Dans le titre du Mariage nous relevons les présomptions légales suivantes :

1° S'il y a défaut de liberté dans le consentement des époux ou de l'un d'eux au mariage, ou bien erreur dans la personne, la demande en nullité du mariage ainsi célébré n'est plus recevable après une cohabitation de six mois depuis que la liberté a été recouvrée ou l'erreur reconnue. (Art. 180 et 181 C. c.) Alors en effet il y a présomption légale, ou bien que les faits apparents de violence ou d'erreur n'étaient pas fondés, ou bien qu'ils n'ont pas eu les conséquences qu'on avait lieu de craindre. C'est donc avec raison qu'à pareille demande en nullité, aussi peu digne d'intérêt, serait opposée une fin de non-recevoir, sans admission possible de preuve contraire (art. 1352);

2° A défaut d'acte de mariage inscrit sur les registres de l'état civil, d'ailleurs intacts et tenus régulièrement (art. 46 C. c.), il y a présomption légale absolue que le mariage, qui devait, au dire du réclamant, s'y trouver inscrit, n'a pas été célébré et n'existe pas quant à ses effets civils. (Art. 194.) Là encore nous sommes en présence d'une dénégation d'action formelle (action en réclamation de l'état d'époux), et sans réserve aucune de preuve contraire, quoique pourtant la preuve contraire se comprît et qu'elle soit même admise par certains interprètes (1). Nous préférons, avec la majorité des auteurs, nous en tenir au texte. (Art. 194... *inscrit sur le registre.*) En pareille hypothèse, même une inscription sur feuille volante, signée de l'officier de l'état civil et des parties, et corroborée par la possession d'état d'époux, ne pourrait servir à prouver contre la présomption d'inexistence du mariage (2). Reste seulement, pour le cas d'inscrip-

moins de quatre solutions, que nous n'avons pas à exposer ici. Nous avons adopté celle qui paraît le mieux se concilier avec les principes, spécialement avec la théorie des présomptions légales, et qui est soutenue par des jurisconsultes éminents, tels que MM. Valette (sur Proudhon, I, p. 302) et Demolombe (II, 264).

(1) Bonnier, *Traité des Preuves*, 5^e édit., n° 200.

(2) *Contra* : Cassat., 26 juill. 1865.

tion sur feuille volante, comme pour tout autre délit ou crime relatif aux actes de l'état civil, la voie d'une procédure criminelle, à l'effet d'arriver implicitement à la preuve du mariage (art. 198 et 52 C. c.) ;

3° La preuve des faits indiqués dans l'art. 197 (absence d'acte de célébration du mariage sur les registres de l'état civil, possession d'état d'époux de deux individus décédés, et, pour l'enfant issu de leur union, possession d'état d'enfant légitime non contredite par l'acte de naissance), la preuve de ces faits établit au profit de l'enfant une présomption ordinaire, subordonnée *au principe* de la preuve contraire.

4° Le concours du mari aux actes pour lesquels la femme mariée a besoin de l'autorisation maritale, étant mis sur la même ligne que son consentement exprès (art. 217), emporte par cela même présomption légale absolue d'autorisation. Cette présomption sert de fondement à une nouvelle dénégation d'action, savoir de l'action en nullité de l'acte accompli par la femme, et sans que la loi ait réservé la preuve contraire (1).

La plupart des auteurs, ainsi que la jurisprudence, admettent au surplus que la présomption d'autorisation, qui résulte du concours du mari dans l'acte, pourrait s'induire avec une force égale d'autres circonstances laissées à l'appréciation des tribunaux (2); qu'ainsi, par exemple, un mari commerçant, qui, au moment de s'expatrier, a laissé à sa femme une procuration notariée, aussi étendue qu'elle pouvait l'être, à l'effet d'administrer ses biens et affaires, peut être réputé avoir consenti par là à ce qu'elle fit le commerce, surtout lorsqu'il ne lui a fait parvenir, après son départ, aucun secours, et qu'elle n'avait pas d'autre moyen de subvenir à ses besoins. Cette opinion s'appuie sur le texte même de l'art. 4 du Code de commerce, qui, en exigeant le consentement du mari, ne dit rien de la forme de ce consentement,

(1) Cassat., 22 mars 1831.

(2) *Contrà* : Marcadé, I, art. 217, IV.

quoique pourtant rien ne soit plus grave que d'autoriser une femme mariée à faire le commerce (1).

§ III. — *Filiation.*

53. — 1° En matière de filiation, nous avons déjà mentionné incidemment l'importante présomption légale sur le fondement de laquelle le législateur déclare légitime l'enfant conçu pendant le mariage, et qui n'admet la preuve contraire que dans certaines hypothèses limitativement déterminées. (C. c., art. 312, 315 et 325.) De cette présomption nous rapprocherons : — *a.* celle qui résulte de la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 339); — *b.* celle à laquelle donnent lieu contre l'homme les circonstances de l'art. 340 (enlèvement : concordance de l'époque de l'enlèvement avec celle de la conception de l'enfant). — Mais, à la différence de la première et conformément au principe virtuellement admis par l'art. 1352, al. 2, ces deux présomptions peuvent toujours, et sans exclusion de moyens, être combattues par la preuve contraire.

2° L'existence d'un enfant à sa naissance, pour que de là on puisse remonter à l'époque de sa conception, et lui accorder des droits, indépendamment d'ailleurs de la question de légitimité (art. 725 et 906 C. c.), cette existence est un fait susceptible d'être établi par les moyens de preuve ordinaires. Il en est de même de cette autre condition de capacité, la viabilité, lorsque l'enfant a vécu quelque temps après sa naissance. — Toutefois, si la grossesse a eu sa durée légale, l'enfant est-il présumé viable par cela seul qu'il est né vivant, serait-il mort immédiatement après sa naissance; ou bien la condition de viabilité doit-elle être prouvée directement, sans bénéficier d'une présomption légale, non plus que n'en bénéficie l'autre condition exigée pour la réalisation des droits éventuels, la condition de vivre ou du moins d'être conçu à l'ouverture du droit? (Art. 135 et 136;

(1) Paris, 5 mars 1885 ; — Cassat., 27 avril 1841.

725 et 906.) Et si l'on admet la présomption légale de viabilité, cette présomption peut-elle ou non être combattue par la preuve contraire? Certains auteurs tiennent pour l'opinion de la preuve directe, sans présomption, en se basant sur les termes généraux des textes précités (1). D'autres, et parmi ceux-ci MM. Aubry et Rau (2), d'une opinion diamétralement opposée, non seulement admettent la présomption de viabilité, mais encore rejettent toute preuve contraire, qui, suivant eux, présenterait des *difficultés inextricables*, dans lesquelles le législateur n'a pas dû entendre jeter les juges. Tout, d'après ces auteurs, doit porter sur la preuve de l'existence même, laquelle sera d'ailleurs rendue plus difficile par les signes matériels de non-viabilité.

A ces deux interprétations extrêmes nous préférons une théorie intermédiaire, généralement enseignée par la doctrine soutenue de la jurisprudence, qui admet à la fois et la présomption de viabilité, parce que la non-viabilité est un fait anormal (3), et la preuve contraire, conformément au principe général en matière de présomption. D'ailleurs, la difficulté même que présente cette preuve contraire est encore favorable à l'enfant (4).

§ IV. — *Tutelle.*

54. — 1° Au chapitre de la *Tutelle*, section des *Comptes de Tutelle*, pour un contrat entre deux personnes devenues capables l'une vis-à-vis de l'autre, mais dont l'une, l'ex-mineur, mérite encore protection contre l'autre, l'art. 472 décide que *tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces*

(1) V. notamment : Duranton, VI, nos 77 et 78.

(2) I, § 53, note 4, p. 180.

(3) La non-existence de l'enfant au moment de l'accouchement est bien aussi un fait anormal, mais l'art. 435 exige d'une manière générale la *preuve* de l'existence.

(4) Demante, *Cours*, III, 30 ; — Demolombe, XIII, 487 ; — Toullier, IV, 97. — Angers, 25 mai 1822 ; — Bordeaux, 8 février 1830.

justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant complet, dix jours au moins avant le traité. Cette décision est évidemment inspirée par la crainte que [l'ex-tuteur, abusant d'une influence qui persisterait encore, ne cause un préjudice plus ou moins considérable à l'ex-mineur, celui-ci d'autre part n'ayant eu ni le temps, ni les moyens de s'éclairer sur la manière dont ses intérêts ont été administrés. Cela suffit pour que le traité soit frappé de nullité. Nous rappelons qu'il ne faut cependant pas voir dans cette hypothèse une application de l'art. 1352, c'est-à-dire une présomption légale rentrant dans la matière des preuves, et sur le fondement de laquelle la loi annule un acte. Sans doute la disposition de l'art. 472 C. civ. repose bien sur une présomption ; mais ici la présomption n'intervient qu'à titre de justification ou de motif de la prolongation d'incapacité établie par la loi en faveur de l'ex-mineur, et non dans le but de tenir elle-même lieu de preuve, ou de dispenser de la preuve d'un préjudice qui peut-être n'existe pas. (*Suprà*, n^{os} 16 et suiv.)

55. — 2^o Aux termes de l'art. 450, 3^e al., le tuteur *ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.* Ces trois prohibitions sont fondées sur ce qu'il faut autant que possible éviter l'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille, la loi présument que cette opposition d'intérêts pourrait amener le tuteur, dans les deux premiers cas, à écarter les enchérisseurs en donnant de faux renseignements sur l'état, le produit et la valeur des biens, à ceux qui se seraient proposé de les acquérir ou de les prendre à bail ; et, dans la troisième hypothèse, à supprimer les titres, les quittances, décharges ou remises appartenant au mineur et dont il est dépositaire. Les actes passés par le tuteur au mépris de cette défense sont frappés de nullité. Mais dans le cas où le tuteur a accepté la cession d'un droit contre son pupille, la présomption sur la-

quelle repose la prohibition de l'art. 450, al. 3, produit des effets particulièrement rigoureux, et que d'ailleurs la plupart des auteurs, par un défaut de logique assez difficile à expliquer, se refusent aujourd'hui à admettre. La cession est nulle : voilà ce qui résulte de notre texte. Mais comme la présomption de fraude par laquelle se justifie cette nullité ne peut s'appliquer qu'au tuteur, il nous paraît évident que la cession de la créance ne peut être déclarée nulle qu'entre le tuteur et le pupille, et uniquement dans l'intérêt de ce dernier. En effet, le cédant, lui, qui n'était soumis à aucune prohibition, qui pouvait même ne pas connaître la qualité du tuteur, a passé avec celui-ci un contrat qu'il avait toute faculté de former ; de quel droit donc le tuteur cessionnaire viendrait-il demander contre lui la nullité de ce contrat ? Entre eux la cession doit produire ses effets ; c'est entre le tuteur et le pupille qu'elle ne peut avoir d'efficacité. Quand le tuteur voudra se faire payer, c'est alors que le mineur, dans l'intérêt duquel la nullité existe, lui répondra que la cession est non avenue contre lui, et le tuteur sera puni de la fraude par lui faite à la loi par la perte de ce qu'il aura déboursé. Telle était la règle posée dans la Nouvelle 72, ch. 5, d'où cette disposition est tirée ; et l'on ne peut pas s'étonner de cette rigueur, quand on voit l'article suivant (451) prononcer en termes formels contre le tuteur une déchéance semblable pour une contravention qui n'est pas plus grave que celle-ci. Toute autre solution nous paraîtrait au contraire méconnaître complètement l'esprit de la loi, puisqu'elle aboutirait : d'une part à priver peut-être le mineur de la protection que l'art. 450, 3^e al., a pour unique objet de lui accorder, le tuteur ayant pu, dès qu'il s'est trouvé en possession de la créance cédée, prendre la précaution de détruire toutes les pièces susceptibles de constituer une défense pour le pupille ; — et, d'autre part, à laisser au tuteur pleine liberté de violer, si bon lui semble, la prohibition, puisqu'en le faisant il courrait la chance d'un bénéfice, sans aucun risque de perte (1).

(1) L'opinion la plus généralement enseignée admet néanmoins que l'annu-

SECTION II

Présomptions relatives aux biens.

§ I. — *Propriété.*

56. — 1° Le propriétaire d'une chose (et par propriétaire il faut entendre également le présumé-propriétaire, le propriétaire apparent, le possesseur de bonne foi) est réputé pareillement propriétaire de tous les accessoires naturels ou artificiels qui en forment des dépendances nécessaires ou utiles (art. 546 et 558); les constructions, plantations et ouvrages existant au-dessus ou au-dessous du sol sont présumés appartenir au propriétaire du terrain (art. 552), sauf, dans l'un comme dans l'autre cas, l'admission de toute preuve contraire. (Art. 1352.)

2° En fait de propriété mitoyenne, le législateur procède également par présomptions; mais ici il est à remarquer que la loi elle-même fait tomber la présomption de mitoyenneté devant certains signes ou faits contraires, qui impliquent par leurs caractères spéciaux une présomption inverse de non-mitoyenneté. Ces deux présomptions peuvent en outre, l'une comme l'autre, être combattues directement au moyen de titres établissant soit la mitoyenneté, soit la non-mitoyenneté. (Art. 653 et 654; 666, 670 et 673; — L. du 20 août 1801.) — M. Larombière (1), tout en voyant avec raison dans la présomption de mitoyenneté une présomption sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action, savoir l'action en revendication par le voisin de la complète propriété, ajoute que cette présomption ne peut être écartée *qu'à l'aide de l'un des moyens de preuve ou marques de non-mitoyenneté indiqués par les art. 654, 667 et 670*. Mais le savant magistrat n'oublie-t-il pas ainsi la preuve littérale formellement autorisée

lation de la cession a pour effet simplement de remettre les choses au même et semblable état où elles étaient avant sa passation, de sorte que le cédant reprend ses droits et d'un autre côté est tenu de rembourser au tuteur le prix de la cession. — V. Aubry et Rau, I, § 116, texte et note 9, p. 473, et les auteurs qu'ils citent.

(1) VII, art. 1352, n° 1.

par l'art. 653, en même temps que la *marque du contraire* ? Et si la présomption de mitoyenneté peut être combattue par un titre aussi bien que par les marques indiquées, à plus forte raison la valeur de ces marques mêmes, signes ordinaires de la non-mitoyenneté, peut-elle être anéantie dans son effet par un titre qui rétablit la mitoyenneté, c'est-à-dire l'état de choses que la loi préfère ? — Mais, de plus, même en l'absence de titre ou de marques écartant la présomption de mitoyenneté, celle-ci peut encore être repoussée s'il est établi que, lors de la construction du mur, l'état des lieux ne comportait nullement la mitoyenneté. Ainsi, le voisin qui se prétend propriétaire exclusif d'un mur peut lutter contre la présomption de mitoyenneté résultant de la disposition actuelle des lieux en prouvant, au besoin par témoins, que, au moment de l'édification du mur, il n'existait de construction que d'un seul côté de ce mur et qu'il a lui-même ultérieurement élevé les constructions existant de l'autre côté (1). Cette preuve ne constitue pas, en effet, ainsi qu'on pourrait le croire au premier abord, un moyen détourné de combattre l'exactitude de la présomption légale de mitoyenneté ; elle tend seulement à établir que les conditions auxquelles cette présomption est subordonnée font en réalité défaut et, comme le dit fort bien M. Demolombe, « ce serait mettre l'effet avant la cause que d'invoquer la présomption de mitoyenneté contre une demande qui précisément repose sur ce que les conditions nécessaires pour l'acquérir n'ont pas été remplies (2) ».

Enfin la présomption de mitoyenneté doit céder devant la preuve d'une possession exclusive pendant trente ans du mur présumé mitoyen. Il n'est pas douteux en effet que la prescription ne puisse procurer la propriété exclusive d'un mur que la loi répute, en principe, mitoyen. Mais il faut alors que les faits ou actes, sur lesquels on prétend fonder la prescription, soient tellement précis et certains que l'on doive

(1) Bourges, 21 décembre 1835 ; — Cassat., 10 juillet 1865.

(2) *Servitudes*, t. I, n° 332.

nécessairement en conclure que l'un des voisins a joué comme unique propriétaire, tandis que l'autre, ou bien s'est regardé comme dénué de droits, ou bien a abandonné ceux qu'il avait (1).

57. — 3^o Quant à la propriété même, elle n'est fondée, en ce qui concerne sa preuve, sur aucune présomption résultant d'un texte de loi explicite. Mais cependant tout le monde reconnaît, historiquement et rationnellement, que le possesseur, aussi bien d'un immeuble que d'un meuble, indépendamment de toute prescription accomplie ou de possession annale, est présumé propriétaire de la chose possédée. La preuve contraire est d'ailleurs réservée, puisque, la prescription n'étant pas encore accomplie, nous ne sommes pas en présence d'un cas où la loi dénie l'action en justice.

Mais la possession non équivoque est une condition absolument nécessaire pour fonder la présomption de propriété. Ainsi, même les communes ne pourraient aujourd'hui, quant aux landes et terres vagues situées dans leur circonscription, invoquer à leur profit et à l'égard des particuliers la présomption de propriété que, dans un esprit hostile à l'ancien régime, leur accordait la loi du 10 juin 1793 (2).

58. — 4^o Le simple possesseur gagne les fruits par lui perçus de bonne foi (art. 549 et 498), et il n'a même pas à restituer ceux de ces fruits qu'il n'aurait pas encore consommés au moment où le propriétaire intente l'action en revendication. Cette différence avec le droit romain (*Inst. J.*, liv. II, tit. I, § 35), qu'il serait assez difficile de justifier en pure raison et en équité, peut être expliquée, ainsi qu'on l'enseigne d'ordinaire, par la présomption que tous les fruits ont été consommés au fur et à mesure de leur perception : cette présomption a l'avantage de mettre obstacle à des investigations difficiles, et qui seraient souvent réclamées par des propriétaires que cependant leur négligence rend peu dignes d'intérêt (3). — Mais en tous cas il faut se garder de voir

(1) Pau, 18 août 1834.

(2) Bourges, 22 janv. 1836, après cassation d'un arrêt de Limoges.

(3) Baudry-Lacantinerie, I, n^o 1273.

dans cette présomption un moyen de preuve rentrant dans les termes des art. 1349 et 1350. La présomption de consommation a pu servir de motif au législateur pour établir la règle de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ; mais la règle une fois établie n'a rien qui tienne à la matière des preuves.

§ II. — *Usufruit.*

59. — Suivant l'art. 621 C.c., « la vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier (sous-entendu : *même quand celui-ci a consenti à cette vente*) ; il continue de jouir de son usufruit, « s'il n'y a pas formellement renoncé ». Il y a donc là une présomption légale de maintien de l'usufruit, malgré la défaveur qui s'attache à ce droit. Nous remarquerons que dans la législation romaine, au contraire, la présomption eût été inverse. (L. 4, § 12, D., liv. XLIV, tit. IV, *De Doli m. et met. except.*) Aussi devrait-on, nous semble-t-il, même dans notre droit et nonobstant la disposition de l'art. 621, être admis à soutenir comme résultant des circonstances et à prouver que l'intention de l'usufruitier, en consentant à la vente, était bien de renoncer à son droit d'usufruit sur la chose, quoique cette renonciation n'eût pas été expressément formulée. Peut-être même le fait seul que, dans telle ou telle vente d'une chose sujette à usufruit, il s'agissait non pas simplement de la chose, mais, à la connaissance de l'usufruitier, de la pleine propriété de cette chose, suffirait-il pour détruire la présomption de l'art. 621. Il est bien probable en effet, et c'est ce qui nous porte à présenter cette interprétation, que les jurisconsultes romains ne concluaient à l'extinction de l'usufruit que parce que les mots *res*, *fundus* impliquaient justement pour eux le sens de *pleine propriété* ; tandis que notre législateur a dû n'adopter la règle diamétralement opposée que parce qu'il craignait le vague ou l'élasticité du mot *chose*, ou de tout autre terme équivalent employé dans l'acte d'aliénation par le nu propriétaire. Au surplus il paraîtrait que les juricons-

sultes romains eux-mêmes avaient hésité sur la solution à donner à cette difficulté et que c'était la pratique qui avait opté pour l'extinction de l'usufruit, au moyen de l'*exceptio doli mali*. Ulpien, auquel est emprunté le texte ci-dessus, se contente de dire en effet : *hoc jure utimur*. — En résumé, l'art. 621, en demandant une renonciation formelle, n'a pas entendu, croyons-nous, exiger une renonciation expresse. Ce que notre texte veut, c'est que la renonciation ne soit admise qu'autant que les circonstances dont on la fait résulter ne laissent subsister aucun doute à son égard. (Argument : art. 2180-2°.)

§ III. — *Servitudes*.

60. — L'interprétation de l'art. 694 a donné lieu à de nombreuses controverses et par suite à plusieurs solutions. La difficulté vient de ce que l'art. 692, qui paraît constituer la règle fondamentale en la matière, décide que la destination du père de famille *vaut titre* à l'égard des servitudes qui sont à la fois continues et apparentes, tandis que l'art. 694, bien que se rattachant également à la destination du père de famille, définie par l'art. 693, ne parle plus que des servitudes simplement apparentes. Nous n'avons pas à exposer ici les différents systèmes proposés pour concilier les deux textes (1). Nous dirons seulement, nous tenant en cela à l'objet de notre étude, qu'une présomption légale, des plus rationnelles, fait disparaître toute antinomie entre la disposition de l'art. 694 et celle de l'art. 692. En effet, après avoir posé en principe que la destination du père de famille, à l'égard des servitudes à la fois continues et apparentes, vaut titre, c'est-à-dire acte direct et explicite de constitution de servitudes, le législateur, ayant toujours en vue la destination du père de famille, telle qu'il l'a définie dans l'art. 693, mais la considérant mainte-

(1) V., en sens divers : Delvincourt, I, p. 417-418 ; — Toullier, III, 612-613 ; — Taulier, II, p. 450 ; — Pardessus, II, 288 et 300 ; — Marcadé, II, art. 694, n° 3 ; — Troplong (Rapport dans Sirey, 40, 1, 97). — Lyon, 11 juin 1834 ; — Caen, 15 nov. 1836 ; — Toulouse, 6 janv. 1844 ; — Toulouse, 11 août 1854 ; — Metz, 8 juin 1858.

nant dans son effet vis-à-vis des servitudes seulement apparentes, se montre moins sûr, pour leur établissement, de la volonté des parties, et, sans plus dire que la destination du père de famille *vaut titre*, il présume cependant une intention conforme, jusqu'à preuve contraire, chez l'aliénateur (art. 694) : présomption de volonté tacite fort rationnelle, nous le répétons, puisque l'art. 694 suppose en même temps que le contrat ne contient *aucune convention relative à la servitude* (1).

61. — L'art. 696 dispose que « lorsqu'on établit une servitude on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user ». Il n'y a pas là, malgré l'emploi de ce mot *censé*, de présomption proprement dite, puisque la présomption est un moyen de preuve, et qu'il ne peut plus être question de preuve, dès que l'on a établi que l'accessoire réclamé est maintenant nécessaire. Aussi, dans le 2^e alinéa du même article est-il dit plus correctement : « Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui *emporte nécessairement* le droit de passage. » Le mot *censé* n'a donc été employé dans le 1^{er} alinéa que pour signifier qu'il n'est pas indispensable de mentionner dans l'acte de constitution d'une servitude principale les servitudes accessoires qui sont nécessaires à l'exercice de la première ; mais que ces servitudes accessoires vont de soi, et que, à ce point de vue, elles sont *censées* comprises dans la première, quoique pouvant s'en distinguer par l'analyse.

SECTION III

Présomptions relatives aux moyens d'acquérir.

§ I. — Successions.

62. — En matière de successions nous rencontrons un certain nombre de présomptions légales :

(1) Aubry et Rau III, § 232, texte et note 9, p. 86 ; — Colmet de Santerre, II, no 349 bis ; — Demolombe, XII, 821 ; — Ducauoy, Bonnier et Roustain, II, 354. — Cassat., 26 avril 1837 ; — Cassat., 24 février 1840 ; — Cassat., 8 juin 1842 ; — Cassat., 17 novembre 1847 ; — Cassat., 30 novembre 1853 ; — Cassat., 7 avril 1863 ; — Cassat., 27 mars 1866.

1° Tout d'abord celle de survie, tirée de la force de l'âge ou du sexe, pour l'hypothèse spéciale de personnes appelées par la loi même à la succession l'une de l'autre, et mortes dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître, par les circonstances qui ont accompagné ou causé le décès, laquelle de ces personnes a dû succomber la première, laquelle par conséquent a dû succéder comme ayant survécu. (Art. 720-722.) Nous avons déjà observé combien est faible cette présomption au point de vue de la recherche de la vérité, et que, à ce point de vue, il eût été plus raisonnable d'abandonner la question au juge, qui, lui, tout en procédant aussi par présomptions tirées de la force de l'âge ou du sexe, eût au moins pris en considération la force de résistance physique préalablement constatée de chaque individu, et non celle aléatoire que détermine la loi (1). Mais le législateur aura voulu sans doute éviter les longueurs et les difficultés d'une enquête, en une matière d'un intérêt aussi urgent pour les familles que celles des successions. Quoi qu'il en soit, il est à remarquer, pour la présomption tirée de la force de l'âge ou du sexe, qu'on ne saurait admettre de preuve contraire, puisque : — 1° cette présomption n'intervient elle-même qu'à défaut de preuves directes prises dans les circonstances de l'événement, et peut être remplacée par une présomption tirée de l'ordre de la nature (art. 722); — 2° quand la loi, en vertu de sa présomption, établit que de deux personnes mortes dans le même événement, l'une a survécu et par conséquent a succédé à l'autre, par là même elle dénie l'action aux ayants cause du prédécédé qui auraient intérêt à contester l'exactitude de la présomption; et dès lors on retombe sous l'application de l'art. 1352, 2^e al.

63. — 2° Pour l'application de l'art. 725 — 1°, relativement à la fixation de l'époque de la conception, lorsqu'il s'agit d'établir la capacité de succéder. V. ce que nous avons dit précédemment, n^{os} 8 et 53.

(1) Le projet de Code civil allemand de 1889 abandonne complètement notre théorie des *Commorientes* et n'admet en cette matière aucune présomption légale. (*Exposé des motifs*, sect. 1, § 4.)

64. — 3^o L'art. 811 décide que si, après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, s'il n'existe pas d'héritier connu, ou si les héritiers connus ont renoncé, la succession sera présumée vacante. Cette présomption, qui n'a pour effet que d'autoriser la nomination d'un curateur par le tribunal, sur la demande des personnes intéressées ou même du ministère public (art. 812-814), cesse avec toutes ses conséquences du moment où l'une ou l'autre des conditions exigées par l'art. 811 vient à faire défaut. De sorte que, tant qu'il n'est pas certain que ces deux circonstances existent en réalité et ne peuvent plus cesser d'exister, la succession ne doit pas être considérée, malgré la présomption de l'art. 811, comme vacante dans le sens des art. 539 et 713.

4^o De la présomption de vacance de succession nous devons rapprocher la présomption connexe de *déshérence* (pour l'emploi de ce terme, voir p. ex. l'art. 33), qui, à la vérité, n'est explicitement établie par aucun texte, mais qui résulte de l'application des principes généraux. De tous les auteurs, MM. Aubry et Rau sont les premiers qui aient bien mis en lumière cette présomption en distinguant nettement pour les successions l'état de vacance de celui de déshérence. Comme nous adoptons entièrement sur ce point leur doctrine, nous nous bornons à reproduire la conclusion de leur excellent développement. « Dans le cas même où il est établi qu'il
« n'existe, ni parents au degré successible, ni enfants naturels,
« ni conjoint survivant, l'hérédité n'en reste pas moins vacante, tant que l'État ne demande pas à la recueillir. D'un
« autre côté, l'État est autorisé à réclamer une hérédité par
« cela seul qu'il ne se présente pour la recueillir aucun successible d'un rang préférable au sien, sans être obligé de
« prouver la non-existence des successibles de cette espèce.
« Et cependant c'est évidemment à titre de déshérence que
« s'exerce en pareil cas la réclamation de l'État. Ainsi, la
« déshérence ne résulte pas de cela seul qu'il n'existe ni parents légitimes, ni enfants naturels, ni conjoint survivant

« et n'est pas non plus subordonnée à la preuve de ce fait.
 « La déshérence dépend de la double condition qu'il ne se
 « présente, pour réclamer l'hérédité, aucun successible d'un
 « rang préférable à celui de l'État, et que ce dernier demande
 « à la recueillir. Il est vrai qu'une pareille déshérence peut
 « cesser d'un jour à l'autre, tant que les droits de l'État ne
 « sont pas devenus incommutables par la prescription de la
 « faculté d'accepter compétant aux personnes qui seraient
 « appelées avant lui à l'hérédité. Mais la seule conclusion à
 « tirer de là, c'est qu'il convient de distinguer deux espèces
 « de déshérences, savoir : la déshérence simplement présu-
 « mée et révocable. et la déshérence constatée et irrévoca-
 « ble (1). »

65. — 3° Dans un partage de succession la disposition qui ordonne le tirage au sort des lots (art. 834) est fondée sur la présomption légale absolue que cette voie est la seule qui puisse pleinement garantir les intérêts des copartageants, de même que la licitation, pour les immeubles qui ne peuvent se partager commodément. (Art. 827.) Le juge ne pourrait donc pas, un autre procédé lui fût-il démontré préférable dans telle ou telle espèce, l'admettre, si tous les copartageants, majeurs, capables et présents, n'étaient pas d'accord pour adopter cet autre mode de partage. Notre législation civile n'a donc rien conservé au juge du pouvoir discrétionnaire que le droit romain lui accordait dans les trois actions divisoires (2). — On peut même voir dans la présomption qui nous occupe, non une présomption probatoire, mais une présomption justificative, avec toutes les conséquences que comportent ces sortes de présomptions. (*Suprà*, n° 16.)

66. — 6° Les art. 847, 848 et 849, dans la section des rapports à succession, posent explicitement trois présomptions de dispense de rapport, ou plutôt trois applications d'une même présomption de dispense : pour la libéralité faite à l'en-

(1) VI, texte et note 8, p. 730.

(2) Cassat., 27 février 1838 ; — Cassat., 19 mars 1854 ; — Cassat., 26 avril 1847 ; — Riom, 1^{er} avril 1854. — V. *cep. contrà* : Toulouse, 23 novembre 1832 et 30 août 1837.

fant du successible, pour celle inverse faite au père ou à la mère d'un successible, enfin pour celle faite au conjoint d'un époux successible. Nous n'entrerons pas dans les critiques et les discussions auxquelles ont donné lieu ces dispositions, surtout quant à leur rapprochement avec le principe de l'art. 843, qui ne soumet au rapport que les avantages faits au successible lui-même, mais qui les y soumet, fussent-ils indirects. Nous prenons la présomption telle qu'elle est, et nous la comprenons en ce sens que, dût-on voir dans les libéralités précitées des libéralités indirectes, elles sont dispensées du rapport comme si elles étaient faites directement au successible lui-même avec dispense expresse de rapport, puisque la présomption est ici de celles sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice (1).

Mais on discute encore aujourd'hui la question de savoir si la même présomption doit être admise en dehors des cas spécialement prévus par les art. 847, 848, 849 C. c., c'est-à-dire, soit lorsque la personne interposée est autre que le fils, le père ou l'époux du successible gratifié, soit lorsque la donation a été faite au successible directement, mais sous les formes d'un contrat à titre onéreux.

En faveur de la négative absolue on invoque ordinairement : — 1^o la généralité des termes de l'art. 843, qui soumet au rapport toute donation directe ou indirecte, à moins qu'il n'existe une dispense expresse de rapport ; — 2^o la disposition de l'art. 853, dont il ressort implicitement que les avantages indirects provenant d'un contrat à titre onéreux sont sujets à rapports lorsque ces avantages découlent immédiatement du contrat lui-même et non d'événements postérieurs (2).

L'affirmative se fonde au contraire : — 1^o sur les inconséquences auxquelles conduirait le système adverse, qui, tout

(1) Au contraire, dans notre ancien droit, d'après la coutume de Paris (art. 306) et celle d'Orléans (art. 308 ; — Pothier, introduction à la cout. d'Orléans, nos 81 et s.), qui, d'une manière générale, n'admettaient pas les dispenses de rapport, les libéralités dont nous nous occupons étaient soumises au rapport par présomption d'interposition de personnes.

(2) Merlin, *Quest. de Dr.*, v^o *Donation*, § 5, n^o 3 ; — Duranton, VII, 326-331 ; — Demolombe, XVI, 253 ; — Zachariæ, § 631, texte et note 11.

en admettant la validité des donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, les soumet cependant à la nécessité d'une dispense expresse de rapport et oblige ainsi le disposant à divulguer la libéralité qu'il a pourtant le droit de tenir secrète ; — 2° sur ce que l'art. 843 ne viserait que les avantages indirects faits sans déguisement, distinction autorisée, dit-on, par l'art. 1099, où l'expression *indirectement* ne s'applique évidemment qu'aux avantages indirects faits sans déguisement et non aux donations déguisées ; — 3° pour les donations faites par personnes interposées, en dehors des termes des art. 847, 848, 849, sur un passage de Treilhard dans l'exposé des motifs devant le Conseil d'État, où il est dit d'une manière générale : « les donations qui n'auront pas été faites à la personne même de l'héritier seront toujours réputées faites par préciput à moins que le donateur n'ait exprimé une volonté contraire » (Trav. pr., C. d'État, séance du 19 germinal an XI) ; — 4° enfin sur ce que la simulation emporte virtuellement dispense de rapport, comme le prouve, ajoute-t-on, l'art. 918, qui doit être considéré comme une application de ce principe, et non, ainsi qu'on le soutient dans l'opinion de la négative, comme une disposition exceptionnelle (1).

67. — Nous ne croyons pas devoir adopter l'une ou l'autre de ces deux opinions. La première, en soumettant sans réserve les donations faites, soit par personnes interposées, soit sous la voile d'un acte à titre onéreux, à l'obligation du rapport, ne tient aucun compte de la situation toute spéciale à laquelle donnent lieu de pareilles donations. Sans doute l'art. 843 dispose qu'un héritier ne peut retenir les dons, ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits *expressément* par préciput et hors part ou avec dispense de rapport. Mais il est trop évident que cet article n'a entendu parler que des libéralités qui se présentent sous la forme normale des donations et des legs et pour les-

(1) Toullier, IV, 474 ; — Vazeille, art. 843, n° 3 ; — Vouët de Confians, art. 843, n° 14 ; — Belost-Jolimont, sur Chabot, art. 843, obs. 4. — Cf. : Aubry et Rau, VI, § 622, texte et note 17, p. 643.

quelles, par suite, le donateur ne doit éprouver aucune gêne à faire connaître ses intentions. Au contraire, comme le remarquent fort à propos les adversaires de ce système, lorsqu'il s'agit de donations soit déguisées, soit par personnes interposées, obliger le donateur à déclarer expressément qu'il affranchit du rapport sa libéralité, ce serait lui enlever d'une main ce qu'on lui accorde de l'autre, puisqu'en matière de donations, comme en toute autre matière, il est permis de faire indirectement ce que la loi permet de faire directement, et que d'ailleurs on est d'accord pour reconnaître la validité des donations déguisées. En réalité, quand on se trouve en présence d'une donation régulière et directe, sans dispense de rapport, on n'a pas à se demander si le donateur a voulu constituer sa libéralité en préciput, car, s'il l'avait voulu, il était parfaitement libre de le déclarer : telle est la raison de l'art. 843. Par contre, devant une donation faite soit avec interposition de personne, soit sous la forme d'un acte à titre onéreux, on est bien fondé à rechercher quelle a été l'intention du donateur, quels motifs l'ont poussé, soit à ne pas faire connaître la personne qu'il voulait gratifier, soit à ne pas révéler la véritable nature de l'acte : cette intention, on l'ignore ; il n'y a donc jusqu'ici aucune raison de se décider, soit en faveur de la dispense de rapport, soit contre elle.

Quant à la seconde opinion, nous la repoussons également parce qu'elle méconnaît, selon nous, un des principes les plus importants de la théorie des présomptions légales, savoir : qu'on ne doit jamais, quels que soient les arguments et les considérations, étendre par analogie ou par *a fortiori* une présomption légale en dehors des hypothèses expressément prévues et réglementées par la loi : c'est même ce qui nous a conduit à traiter ici de cette controverse. En effet, toute l'argumentation de la doctrine qui déclare *a priori* dispensées du rapport les donations déguisées ou par personnes interposées se résume au fond en ceci : les libéralités consenties au fils, au père, ou à l'époux du successible gratifié, les dona-

tions faites sous le déguisement d'une aliénation soit à charge de rente viagère, soit avec réserve d'usufruit, sont présumées, de par les art. 847, 848, 849 et 918 C. c., faites avec dispense du rapport. Pourquoi n'en serait-il pas de même de toute donation effectuée, soit par personne interposée, soit sous la forme de contrats à titre onéreux? *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.* — Contre un tel raisonnement nous ne pourrions que reproduire les arguments que nous avons déjà développés dans notre 1^{re} partie (*suprà*, n° 8); nous nous contenterons d'y renvoyer, espérant qu'ils suffiront à établir que, quelque vraisemblable qu'elle paraisse, il est des matières dans lesquelles la maxime *ubi eadem ratio, ibi idem jus* ne saurait être reçue sans une sorte de déni de justice.

68. — Nous préférons donc adopter un système intermédiaire qui présente à nos yeux le double avantage de ne pas se contredire lui-même en soumettant à la nécessité d'une dispense expresse de rapport des libéralités déguisées ou par personne interposée reconnues valables, et de respecter en même temps les règles fondamentales de la théorie des preuves. — La première question que fasse naître une donation dont l'auteur a eu recours à la simulation, soit en ne l'adressant pas directement au véritable donataire, soit en la déguisant sous la forme d'un acte à titre onéreux, est la question suivante : Dans le premier cas, y a-t-il vraiment interposition de personnes; — dans le second, y a-t-il donation? Voilà ce que doivent établir ceux qui réclament le rapport, mais d'autre part là se borne la preuve qui leur incombe. On ne saurait soutenir en effet sans arbitraire qu'ils doivent également prouver que, malgré la simulation, la donation est sujette au rapport; car pour eux le rapport c'est le principe, dès que la donation est établie. Par contre, le bénéficiaire de la libéralité est-il fondé à prétendre, pour se soustraire au rapport, que le fait seul de la simulation, du déguisement, emporte à son profit une présomption de dispense du rapport? Pas le moins du monde. D'abord, pour qu'il y ait présomption légale, il faut un texte de loi spécial : ici, il n'y en a pas. En second lieu, on ignore

quelle intention recouvrait chez le donateur l'interposition de personne ou la simulation d'un contrat à titre onéreux : il se peut qu'il ait voulu affranchir du rapport la donation déguisée ou par personne interposée, mais il est non moins possible que des motifs tout différents aient dicté sa conduite : désir de prévenir toute jalousie chez les autres membres de la famille, peut-être aussi désir de se soustraire au paiement de droits d'enregistrement considérables, ou à la nécessité de la forme notariée (1). Tout ce que l'on peut concéder en fait de présomption, c'est que le magistrat pourra, lui, baser une présomption, comme le lui permet l'art. 1353, et dans les limites de cet article, sur la circonstance du déguisement ou de l'interposition de personnes. Quant au successible gratifié, cette circonstance n'engendre en sa faveur, nous le répétons, aucune présomption légale; seulement la simulation lui permet de repousser l'application de la dernière partie de l'art. 843 en ce qui concerne la nécessité d'une dispense expresse de rapport. Car le législateur n'a pas entendu viser dans cette seconde partie du texte ces donations de formes tout exceptionnelles, soit parce qu'il n'y a pas pensé, ce qui n'est pas inadmissible, soit parce que la réglementation eût été trop difficile et que le seul moyen de ne pas restreindre inutilement sur ce point le droit des donateurs était de laisser aux tribunaux toute liberté d'appréciation. Si le donataire veut s'affranchir de l'obligation du rapport, qu'il établisse d'une manière claire et certaine, en invoquant les diverses circonstances de la cause, que le donateur a bien eu l'intention de

(1) A cette considération MM. Aubry et Rau font une assez singulière objection : l'objet de la question, disent-ils, n'est pas de savoir dans quelle intention le défunt a eu recours à la simulation. En effet, hors du cas où l'acte simulé fait fraude soit à la loi, soit aux droits des tiers, et de celui où l'une des parties voudrait abuser de la forme apparente de l'acte pour faire produire à la convention qu'il renferme des effets contraires à leur intention commune, hors de ces cas, *un acte simulé doit être apprécié et jugé suivant l'apparence qu'il présente, sans qu'il y ait même lieu de s'enquérir du caractère qu'il peut avoir en réalité.* (Op. et loc. cit.) — Une pareille manière de voir nous semble inadmissible. Elle aurait, en effet, pour résultat de refuser aux parties intéressées à faire tomber, pour cause d'ingratitude, par exemple, une donation déguisée, le droit de prouver l'interposition de personne ou la simulation, puisqu'il ne devrait pas être permis de *s'enquérir du caractère que l'acte peut avoir en réalité.*

dispenser sa libéralité du rapport : des deux parts, c'est-à-dire tant du côté de ceux qui réclament le rapport à succession que de celui du successible gratifié qui prétend s'y soustraire, ou aura respecté ainsi la règle *probatio incumbit ei qui agit*, principale en cette matière et pourtant la seule que les deux précédents systèmes nous paraissent avoir complètement oubliée. Telle est au surplus la théorie consacrée, avec d'autres motifs, il est vrai, par de nombreux arrêts(1) de la Cour de cassation.

69. — 7° Nous relèverons encore, en matière de successions, une présomption légale intéressante, sous-entendue dans l'art. 892 ainsi conçu : « Le cohéritier qui a aliéné son lot, en tout ou partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision (du partage) pour dol ou violence si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence. » Il est fort probable en effet que dans cette aliénation le législateur a vu une renonciation tacite à l'action en rescision et que par suite ce cas est de ceux où la loi, sur le fondement d'une présomption, dénie l'action en justice. — On a donné, il est vrai, de l'art. 892 d'autres explications; mais elles nous semblent beaucoup moins satisfaisantes. Ainsi l'on a prétendu que par l'aliénation, consentie postérieurement à la découverte du dol ou à la cessation de la violence, le copartageant confirme le partage, et que par suite il n'y a dans l'art. 892 qu'une application de la règle générale formulée par l'art. 1338 pour la confirmation des contrats annulables. Mais, d'après l'art. 1338 lui-même, la confirmation est un acte, exprès ou tacite, qui s'accomplit entre les contractants eux-mêmes; tandis que dans l'hypothèse qui nous occupe l'aliénation est absolument étrangère aux copartageants autres que l'aliénateur. — Une seconde explication raisonne de la manière suivante : l'héritier, qui a aliéné tout ou partie des objets compris dans son lot, est déchu du droit de deman-

(1) V. notamment : Cassat., 3 août 1841; — Cassat., 20 mars 1843; — Cassat., 20 déc. 1843; — Cassat., 10 nov. 1852; — Cassat., 16 juill. 1855; — Cassat., 6 nov. 1855; — Cassat., 8 mars 1858; — Cassat., 18 août 1862; — Cassat., 12 mars 1873.

der la nullité du partage entaché de dol ou de violence, puisqu'il s'est placé dans l'impossibilité de rapporter à la masse, pour le cas d'un nouveau partage, les objets par lui aliénés ; tel est le principe. Le législateur a cru devoir y déroger implicitement dans l'hypothèse où l'aliénation serait antérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence ; au contraire, dans le cas où l'aliénation est postérieure à l'un de ces deux faits, le principe recouvre toute sa force. — Mais, outre que la lecture la plus attentive de l'art. 892 ne fait point naître pareille idée, il suffit, pour lever le prétendu obstacle résultant de l'aliénation des objets partagés, de remarquer que rien ne s'oppose à ce que le rétablissement de ces objets dans la masse partageable se fasse en valeur, comme dans le rapport proprement dit en moins prenant. (Art. 860.) Nous déciderons donc que la disposition de l'art. 892 s'explique simplement par une présomption légale implicite, d'après laquelle le copartageant, qui a aliéné son lot en tout ou en partie après la découverte du dol ou la cessation de la violence, est considéré comme ayant renoncé à son action en nullité du partage, sans qu'il puisse être admis à faire la preuve du contraire.

70. — 8°. La présomption légale, sur laquelle est fondé l'art. 892, n'est établie que pour le cas où il s'agit d'une action en rescision pour cause de dol ou de violence ; elle ne doit donc pas être étendue à l'hypothèse où l'action en rescision est intentée pour cause de lésion de plus du quart. (*Suprà*, n° 8.) Au contraire le silence que garde le Code sur ce dernier point, silence qui ne peut certainement pas s'expliquer par un oubli, puisque c'est principalement de la rescision pour cause de lésion qu'il est question dans les art. 889, 890, 891, doit s'interpréter en ce sens que le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'en est pas moins recevable à demander la rescision du partage pour lésion de plus du quart, alors même que l'aliénation n'a été effectuée qu'après la découverte de la lésion. Cette interprétation se justifie d'ailleurs elle-même par une présomption légale par-

ticulière et différente de celle que nous avons relevée sous l'art. 892. En effet la preuve de la lésion comporte de trop nombreux éléments pour que l'on puisse se contenter d'une vérification rapide et superficielle, surtout lorsqu'elle doit, pour être prise en considération, s'élever à un chiffre déterminé. On peut très bien connaître l'acte par lequel on est lésé et ne pas soupçonner la lésion qu'il renferme. On peut donc très bien approuver, ratifier cet acte sans renoncer au droit de le faire rescinder pour cause de lésion. En admettant même que le vice fût connu au moment où est intervenue l'aliénation que l'on serait tenté de considérer comme une ratification de l'acte entaché de lésion, quel embarras n'éprouverait-on pas à établir que cette connaissance était, non un simple soupçon, mais une absolue conviction portant à la fois sur l'existence de la lésion et sur son importance? Comment déterminer en outre l'époque précise où ces diverses conditions se sont trouvées définitivement réunies? Le législateur était donc amené, pour sortir de la difficulté, ou bien à supposer la lésion connue à dater du partage, et par là-même à écarter toute demande en rescision dès qu'il y aurait aliénation postérieure à cet acte, ou bien à présumer que le copartageant, qui a aliéné tout ou partie des objets compris en son lot, a toujours agi dans l'ignorance de la lésion. L'absence, dans l'art. 892, de dispositions relatives à l'action en rescision pour cause de lésion prouve bien que c'est cette dernière présomption qui a été adoptée. Mais, comme elle ne sert de fondement ni à une annulation d'acte, ni à une dénégation d'action en justice, elle admet la preuve contraire. En conséquence, les tribunaux pourront, s'il est établi que l'aliénation a été consentie malgré la connaissance de la lésion, décider, en tenant compte des circonstances (1), que

(1) S'il résulte en effet des circonstances que le copartageant lésé n'a aliéné son lot que sous l'empire du même besoin qui lui faisait accepter une part inégale, l'action en rescision devra néanmoins lui être accordée, bien qu'au moment de l'aliénation il eût déjà connaissance de la lésion. (Arg., art. 14674 C. c.)

cette aliénation équivalait à une renonciation tacite au droit de faire rescinder le partage (1).

§ II. — *Donations entre vifs ou testamentaires.*

71. — 1^o Nous avons vu que lorsque celui à qui s'adresse une libéralité est capable de la recevoir, la loi permet qu'elle lui soit faite sous la forme d'un acte à titre onéreux ou par interposition d'une personne qui figure dans l'acte comme bénéficiaire réel, tandis qu'elle n'est qu'un intermédiaire entre celui qui donne et celui qui doit véritablement recevoir. Mais quand on n'a eu recours à la simulation d'un contrat à titre onéreux ou à l'interposition d'un tiers que pour attribuer une libéralité à une personne déclarée incapable de la recevoir, cette fraude faite à la loi ne saurait valider un acte dépourvu en lui-même de toute valeur. Tel est le principe dont l'art. 911 contient l'application.

En règle générale, c'est aux intéressés qui veulent attaquer l'acte d'établir que sous l'apparence d'un contrat onéreux il cache une libéralité, ou que la libéralité ne s'adresse réellement pas à celui qu'on en présente comme bénéficiaire; ils administrent d'ailleurs leur preuve par tous les moyens possibles, c'est-à-dire soit par écrit, soit par témoins, soit même par des présomptions laissées à l'appréciation du juge. Cette règle, l'art. 911 la respecte, au moins tant qu'il s'agit de simulation proprement dite, c'est-à-dire de déguisement du véritable caractère de l'acte. Mais, lorsqu'il y a lieu de redouter l'interposition de personne, la loi pose elle-même en certains cas la présomption que la libéralité est faite à l'incapable, par l'interposition de la personne qui figure dans l'acte. Il en est ainsi : — 1^o quand cette personne se trouve être le père, la mère, le conjoint ou l'un des descendants de l'incapable (art. 911, al. 2); — 2^o dans l'hypothèse spéciale d'une donation faite

(1) Cassat., 4 déc. 1850; — Cassat., 18 fév. 1851; — Cassat., 28 fév. 1855; — Cassat., 9 mai 1855; — Poitiers, 5 mars 1862. — *Sic*: Aubry et Rau, VI, § 626, texte et note 39, p. 587. — *Cf.* Duranton, VII, n^o 589; — Demolombe, XVII n^o 497; — Marcadé, III, art. 892.

en faveur du secondépoux par un veuf ou par une veuve ayant des enfants d'un précédent mariage, lorsque la personne qui figure dans l'acte est une de celles dont le nouvel époux se trouve être l'héritier présomptif au jour de la donation. (Art. 1100.) Et comme sur le fondement de cette présomption la loi annule l'acte réputé frauduleux, il s'ensuit qu'aucune preuve contraire n'est admise et que l'on ne serait pas reçu à démontrer que la fraude présumée n'existe pas en réalité.

Cependant [cette présomption de fraude, peut-être trop sévère, ne doit pas s'étendre au delà des termes formellement exprimés par la loi. Ainsi, on ne pourrait l'appliquer, dans l'hypothèse prévue par l'art. 911, ni aux ascendants autres que les père et mère, ni à des frères ou sœurs, ni à la personne vivant maritalement avec l'incapable. Nous ne croyons même pas qu'elle dût être étendue au futur époux de l'incapable, sans qu'il y ait à distinguer si le mariage a ou n'a pas eu lieu par la suite, et alors même que la donation aurait été faite au futur époux dans le contrat de mariage passé avec l'incapable (1). Car ici, comme en tout autre exemple, la présomption est de droit étroit, et nous éprouvons d'autant moins de peine à défendre cette restriction qu'elle laisse subsister pour les intéressés le droit, conformément à la règle générale, de faire tomber la donation sous la condition de fournir la preuve de l'interposition de personne.

Enfin, la présomption cesse d'être applicable, quelle qu'ait été l'intention du disposant, dans tous les cas où il y a impossibilité absolue que l'incapable profite de la libéralité. C'est ce qui aurait lieu si la donation n'avait été consentie qu'après le décès de l'incapable, ou même, en cas de donation testamentaire, si l'incapable, existant au jour de la confection du testament, était mort avant le décès du testateur.

Ajoutons, en terminant sur ce point, que, quelque absolue que soit dans ses résultats la présomption d'interposition de personne, elle ne peut aller, comme l'enseigne M. Larom-

(1) *Contrà* : Lyon, 24 novembre 1860,

bière (1), jusqu'à constituer en état d'incapacité les personnes réputées interposées. Seul le tiers gratifié est déclaré incapable, et il nous semble impossible d'admettre, à moins de torturer la loi, que cette incapacité se communique, par l'effet de la présomption légale, à d'autres que lui. Rien dans les art. 911 et 1100 n'autorise une pareille doctrine. En décidant à l'avance que les donations faites en faveur de certaines personnes, rendues suspectes par le lien de parenté ou d'alliance qui les unit à un incapable, seraient regardées *a priori* comme faites par interposition de personne, la loi, dans un intérêt d'ordre public, a eu pour unique objet de soustraire les ayants droit au fardeau de la preuve de l'interposition. Elle rend ainsi la fraude plus difficile, puisque ceux qui veulent attaquer l'acte ont pour eux une preuve toute faite. Mais nous ne sortons pas pour cela, avec les présomptions des art. 911 et 1100, de la matière des preuves, et jamais encore on n'a songé à soutenir qu'une règle empruntée à cette matière peut exercer une influence sur l'organisation des incapacités.

Nous avons vu en outre que cette controverse ne se résume pas en une question de pure théorie. (V. *suprà*, n° 37, note.)

72. — 2° La règle de l'art. 918, qui soumet à la réduction les aliénations soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, consenties à l'un des successibles en ligne directe, sans les soumettre au rapport, repose sur deux présomptions légales :

A. — Une présomption à la fois de gratuité de la disposition et de simulation d'acte à titre onéreux, qui justifie la réduction. Cette présomption n'est pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire, car la loi prononce la nullité de l'aliénation comme aliénation à titre onéreux ; et, une fois l'aliénation ainsi convertie par présomption de la loi en une aliénation à titre gratuit, on retombe dans les règles sur la réduction pour la sauvegarde de la réserve, considérée comme d'ordre public, puisqu'elle est intimement liée à la constitution de la famille.

(1) VII, art. 1352, n° 40.

B. — Une présomption de dispense de rapport également exclusive de toute preuve contraire ; car, sur le fondement de cette présomption, et bien que l'on se trouve en présence d'une disposition à titre gratuit, la loi refuse aux cohéritiers l'action en justice que l'art. 843 leur donne en principe le droit d'intenter.

73. — 3° La disposition de l'art. 957, d'après laquelle « la demande en révocation de donation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année à compter du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour où le délit aura pu être connu par le donateur » ; cette disposition est évidemment fondée sur une présomption légale de pardon résultant, d'une manière fort vraisemblable d'ailleurs, de l'expiration du délai déterminé par la loi ; et comme l'action en justice se trouve désormais déniée, par cela même la preuve contraire est exclue, aux termes de l'art. 1352. Il ne pourrait s'élever de débat, sur la question de savoir si le pardon n'a pas été accordé, que dans l'hypothèse où l'action en révocation serait intentée avant la fin de l'année, mais à la limite extrême du délai. Néanmoins, devant le droit du donateur d'exercer l'action pendant toute l'année, ce serait alors au donataire à prouver la perte de ce droit par un pardon accordé avant l'exercice de l'action.

74. — 4° La révocation de donation pour survenance d'enfant (art. 960) est également justifiée, dans l'esprit de la loi, par la présomption légale *juris et de jure* que le donateur n'eût pas donné, s'il avait pensé qu'il dût avoir un enfant ; c'est là un nouvel exemple de présomption sur le fondement de laquelle le législateur annule un acte. En effet, dès que la naissance de l'enfant a été constatée, la donation est si bien annulée qu'elle ne saurait renaître que par un nouvel acte de disposition. (Art. 964. — *Non obstat* art. 966.)

Au contraire, la révocation d'une donation testamentaire par aliénation postérieure de la chose léguée (art. 1038) ne paraît être fondée, malgré les mots du texte *emportera la révocation*, que sur une présomption contre laquelle la loi, quoi-

qu'annulant, aurait implicitement réservé la preuve contraire ; car, dans cette révocation il n'est guère possible de voir une consécration de la prohibition du legs de la chose d'autrui. (Art. 1021.) Il nous paraît plus simple d'admettre, conformément au terme *révocation*, que le législateur regarde l'aliénation comme une manifestation de volonté du testateur lui-même, susceptible par conséquent d'être modifiée par une autre manifestation de volonté non moins évidente, contenue, par exemple, dans l'acte même d'aliénation, et en vue du cas où la chose aliénée rentrerait, par une cause quelconque, dans le patrimoine du testateur. Le mot emportera, dans l'expression *emportera révocation*, se plie d'ailleurs très bien au sens de *impliquera, dénotera l'intention de...* (1).

75. — 5° Quant à l'action en rescision (2) du partage d'ascendant, établie par l'art. 1079, 2^e part., elle est fondée sur la présomption légale que l'ascendant, qui avait déjà consenti des libéralités par préciput à l'un de ses enfants, lui a accordé dans le partage un lot, sinon plus fort, du moins égal à celui des autres copartageants, non par erreur, mais pour réaliser une nouvelle intention de libéralité et éluder ainsi les lois sur la réserve. Il y a donc dans cette hypothèse une présomption de fraude à la loi, et la preuve contraire ne

(1) En ce sens : Troplong, Donat et Testain, IV, n° 2091 ; — Demolombe, XXII, n° 230 ; — Aubry et Rau, VII, § 725, texte et note 38, p. 522. — Cassat., 9 mars 1836.

(2) MM. Aubry et Rau, adoptant l'opinion de la jurisprudence, enseignent cependant qu'il ne faut voir dans la seconde partie de l'art. 1079 qu'une action spéciale en réduction « puisqu'elle est fondée sur une atteinte portée à la réserve du demandeur, qui, sans quereller le partage comme vicié en soi et comme ayant lésé ses droits de copartagé, se plaint seulement de ce que « la quotité disponible a été excédée à son détriment ». (VIII, § 734, texte et notes 43 et 44, p. 49.) — Mais, outre que cette interprétation est absolument contredite par la rédaction de l'art. 1079, si elle devait être admise, on ne s'expliquerait plus ce que vient faire notre texte et quelle est son utilité. — *En ce sens* : Duranton, IX, 644-646 ; — Demolombe, XXIII, 189 et 189 bis ; — Colmet de Santerre, IV, 247 bis, VIII et XII. — On se rend d'ailleurs suffisamment compte, d'après l'ensemble même des dispositions du ch. vu, liv. III, tit. II tout entier (art. 1075-1079), que l'esprit de la loi est de subordonner la validité et la stabilité du partage au maintien de la plus parfaite égalité. (V. également : Trav. prép., exposé des Motifs du tit. II, liv. III, C. c., par Bigot-Préameu, séance du 2 flor. an XI ; et Rapport au Tribunal, séance du 9 flor. an XI.)

saurait pas plus être considérée comme réservée implicitement qu'elle ne l'est explicitement.

6° Signalons encore dans la matière des donations entre vifs, spécialement pour les donations de biens à venir faites par contrat de mariage, la présomption légale que toute donation de ce genre, consentie aux futurs époux ou à l'un d'eux, est faite aux enfants à naître de ce mariage (art. 1082); mais ce n'est là d'ailleurs qu'une présomption *juris tantum*, admettant la preuve contraire, puisque la loi ne prohibe pas la clause qui, dans le cas de survie du donateur au donataire en nom, fait tomber la donation.

§ III. — Contrats et obligations.

76. — En cette vaste matière des contrats et des obligations se rencontrent de très nombreuses présomptions légales, les unes admettant et les autres excluant la preuve contraire. Nous ne mentionnerons cependant, comme nous l'avons fait jusqu'ici pour les autres matières, que les principales et les plus importantes de ces présomptions.

A. — CONTRATS ET OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

1° Aux termes de l'art. 1108 l'existence d'une cause, et d'une cause licite, est une des quatre conditions essentielles pour la validité des obligations. Or, il peut se faire que, lorsqu'on a rédigé un écrit pour constater une convention, l'acte ne contienne aucune mention de la cause (1) : le débiteur, par exemple, a signé un billet qui porte simplement : *j'en engage envers X... à lui donner telle somme à telle époque*. L'obligation est-elle néanmoins valable, quoique la cause n'en soit point exprimée? Telle est la question à laquelle vient répondre l'art. 1132 : « La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit point exprimée. » De la combinaison de ce texte avec l'art. 1108 résulte donc une présomption

(1) Il ne peut en être ainsi que pour les contrats unilatéraux; car, lorsque l'écrit constate un contrat synallagmatique, la cause de chaque obligation s'y trouve nécessairement énoncée.

légale bien formelle. Car, puisque d'une part la loi déclare nulle toute obligation sans cause; puisque, d'autre part, en présence d'une convention dont la cause n'est pas mentionnée, elle proclame cependant cette convention valable, pour être d'accord avec elle-même il faut nécessairement que, dans le second cas, elle présume l'existence de la cause. C'est d'ailleurs ce que nous trouvons écrit en toutes lettres dans l'exposé des motifs pour l'art. 1132 : « On ne peut pas *presumer* qu'une obligation soit sans cause, parce qu'elle n'y est pas exprimée. Ainsi lorsque, par un billet, une personne déclare qu'elle doit, *elle reconnaît par cela même qu'il y a une cause légitime de la dette*, quoique cette cause ne soit pas énoncée. Mais la cause que l'acte exprime, ou *fait présumer*, peut ne pas exister ou être fausse; et si ce fait est constaté par les preuves que la loi autorise, l'équité ne permet pas que l'engagement subsiste » (Trav. prép., C. d'État, séance du 7 pluv. an XII.) Telle est également la conclusion qui ressort des observations de Tronchet et de Portalis dans la discussion devant le Conseil d'État (séance du 11 brumaire an XII).

77. — On ne concevrait donc pas que l'art. 1132 pût soulever une difficulté, si l'on ne savait par expérience que la virtuosité des interprètes ne connaît guère de limites. Toujours est-il qu'un certain nombre d'auteurs des plus autorisés ont soutenu et soutiennent encore que l'art. 1132 doit être entendu de la manière suivante : « Si un acte constatant une obligation n'en énonce pas la cause, cette obligation n'est point à considérer comme non avenue ou comme nulle à raison de la forme incomplète du titre. Mais le créancier doit en pareil cas prouver que l'obligation est fondée sur une cause licite (1). » Ainsi, voilà une convention qui ne peut être déclarée valable, étant donnée la disposition finale de l'art. 1108, que si la loi elle-même présume l'existence

(1) Aubry et Rau, IV, § 346, texte et note 20, p. 324. — Sic : Delvincourt, II, part. II, p. 472; — Duranton, X, n° 353 et s.; — Zachariæ, § 344, texte et note 6.

d'une cause; et néanmoins, malgré cette présomption, on impose au créancier, c'est-à-dire justement à celui en faveur de qui milite la présomption légale, l'obligation de prouver la cause; en dernière analyse, on viole la règle formulée par l'art. 1352: « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit de qui elle existe. » Et pourquoi? Est-il contraire à la raison, quand un demandeur produit un acte par lequel le défendeur promet de lui payer telle somme, sans énonciation de cause, de supposer que, si l'auteur du billet s'est reconnu débiteur, c'est que réellement il devait? Sans doute il peut arriver que l'on souscrive un engagement alors pourtant qu'on ne doit pas. Mais telle n'est pas la règle ordinaire et l'on ne peut voir là qu'une exception à l'ordre normal et habituel des choses; et comme on n'a jamais à prouver la règle contre l'exception, mais bien l'exception contre la règle, ce sera au débiteur d'établir ce fait anormal, mais cependant possible: la loi lui reconnaît sur ce point toute liberté, puisqu'elle n'érige pas en présomption *juris et de jure* la présomption de l'art. 1132. — Cette idée est tellement rationnelle qu'elle a été consacrée expressément par le Code civil italien, dont l'art. 1121 dispose: « La cause est présumée exister, tant que le contraire n'est pas prouvé (1). » Telle était également la doctrine suivie par la jurisprudence dans le dernier état de notre ancien droit, lorsque, suivant le conseil déjà donné par le Président de Thou, on fut parvenu à s'affranchir complètement en cette matière *des subtilités du droit romain*. (Arrêts du Parlement de Paris du 4 mars 1659, 16 mai 1664, 27 janvier 1689, 5 mai 1754; — Rapport de l'avocat général Lenain, du 29 juillet 1706; — Arrêt du Parlement de Toulouse, du 1^{er} avril 1737, etc., cités par Merlin, *Quest. de Dr.*, v^o *Cause des oblig.*, § 1, n^o 1.) (2).

(1) C'est aussi la théorie que paraît devoir adopter le projet du nouveau Code civil allemand de 1889 (Exposé des Motifs, § 198, vol 1, p. 385.)

(2) *Sic*: Bonnier, *Traité des preuves*, 5^e édit., n^o 681; — Colmet de Santerre, V, n^o 48 *bis*; — Demolombe, XXIV, n^o 366; — Laronbière, I, art. 1132, n^o 4; — Marcadé, V, art. 1315, III; — Cassat., 16 août 1848; — Cassat., 9 fév. 1864. — *Cf.*: Cassat., 23 juin 1887.

78. — 2° En principe, la remise de la solidarité aux débiteurs ou à l'un d'eux ne se présume pas plus que la remise de la dette elle-même; et cela pour un motif identique, savoir : que d'ordinaire on ne s'appauvrit pas volontairement pour enrichir autrui. Cependant la remise de la solidarité est légalement présumée dans les cas suivants : — 1° (art. 1211, al. 2) lorsque, en recevant de l'un des débiteurs une somme égale à celle dont ce débiteur serait tenu en dehors de toute solidarité, le créancier lui donne quittance *pour sa part*; — 2° (art. 1211, al. 3) lorsque, une demande judiciaire étant formée contre un des débiteurs *pour sa part*, celui-ci ou bien a acquiescé, ou bien a été condamné; — 3° (art. 1212) enfin lorsque, pendant dix années consécutives, le créancier a reçu divisément de l'un des débiteurs sa part dans les arrérages ou intérêts de la dette.

Mais pareille présomption, qui ne repose que sur une interprétation plausible de la volonté du créancier, est susceptible de preuve contraire. Ainsi il n'y aurait plus lieu de présumer la remise de la solidarité si la quittance portait, en même temps que la mention *pour sa part*, soit une réserve de la solidarité, soit d'une manière plus générale la restriction : *sans préjudice des droits du créancier*; car il reste vrai de dire avec Pothier : « Les termes formels, par lesquels
« le créancier se réserve son droit de solidarité, l'emportent
« sur la conséquence qu'on voudrait tirer des termes *pour sa*
« *part* employés dans la quittance pour en induire la renon-
« ciation à la solidité. Et quand même on accorderait que
« ces termes *pour sa part* seraient aussi formels en faveur
« de la renonciation de la solidité que la réserve expresse
« de la solidité formelle contre cette renonciation, il ne s'en-
« suivrait aucune chose, sinon que ces termes *pour sa part*
« et ceux-ci *sans préjudice de la solidité* se détruiraient
« réciproquement, et que la quittance devrait être regardée
« comme si elle ne contenait ni les uns, ni les autres; auquel
« cas elle ne peut préjudicier au droit de solidité... Lorsque
« la quittance porte *sans préjudice de mes droits*, c'est la

« même chose que si elle portait *sans préjudice de la solidité* ; car le droit de solidité est compris dans la généralité « des termes *sans préjudice de mes droits*. » (*Traité des obligations*, n° 277.)

Il est en outre assez facile de concilier le sens de la mention *pour sa part* avec la réserve de la solidarité ou des droits en général, puisque le créancier a pu entendre par ces termes *pour sa part*, non une part pour laquelle le débiteur serait tenu vis-à-vis de lui, mais simplement la part pour laquelle le débiteur est effectivement tenu de la dette vis-à-vis de ses codébiteurs, part que le créancier consent à recevoir en ce moment, sauf à exiger plus tard et du même débiteur tout ce qui reste dû. (Pothier, *loc. cit.*)

79. — 3° La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur emporte à la fois présomption *juris et de jure* de libération (1) et présomption *juris tantum* de paiement ; de sorte que le créancier conserve le droit d'établir par tous les moyens de preuve que c'est dans un esprit de libéralité et pour effectuer une remise de dette qu'il s'est dessaisi du titre en faveur de son débiteur, et non pour reconnaître le paiement que celui-ci prétendrait avoir opéré. (Art. 1282.) (2).

Au contraire, la remise volontaire de la grosse du titre authentique constatant la créance engendre seulement une présomption *juris tantum* de libération, soit par remise de la dette, soit par paiement, et le créancier reste admis à prouver qu'il ne s'est dessaisi du titre ni en vue d'une remise de dette, ni par suite d'un paiement. En outre, s'il est établi que l'abandon de la grosse valait bien quittance, le créancier est encore en droit de soutenir et de démontrer, comme dans la

(1) Toullier a pourtant longuement soutenu que la proposition *sans préjudice de la preuve contraire*, de l'art. 1283, s'applique manifestement à l'art. 1282 comme à l'art. 1283 ; mais une semblable opinion ferme elle-même manifestement les yeux sur le texte, sur les travaux préparatoires et sur l'historique. Quelque défavorable qu'il soit aux présomptions légales absolues, l'interprète ne peut être admis à refaire ainsi la loi.

(2) La même règle doit être étendue à la remise du titre notarié rédigé en simple brevet.

première hypothèse, que cet abandon a eu pour unique but de réaliser une donation. (Art. 1283.) (1). Le créancier peut en effet alléguer qu'il n'attachait pas une grande importance à la remise de la grosse, puisque l'original du titre lui permet toujours de prouver l'existence de la dette et d'en réclamer le paiement, prétention qu'on ne saurait admettre lorsque le titre remis au débiteur est l'acte original sous seing privé.

Ajoutons enfin que, dans les deux hypothèses, la loi, en n'attachant la présomption qu'à la remise volontaire, réserve aux intéressés la faculté de prouver que la détention, par le débiteur, du titre de créance est le résultat soit d'une perte, d'un vol, ou d'un abus de confiance dont le créancier aurait été victime, soit d'une délivrance entachée de violence, d'erreur ou de dol, et d'écarter ainsi l'application des art. 1282 et 1283.

80. — 4° Dans tous les cas où certaines personnes sont responsables des faits d'autrui ou de faits qui ne leur sont pas directement et matériellement imputables, il y a néanmoins présomption légale de faute à la charge des personnes déclarées responsables, présomption qui ramène au principe des fautes personnelles (art. 1382) et qui par conséquent admet, comme preuve contraire, celle d'une absence com-

(1) Notre ancien droit allait plus loin et décidait que la présence de la grosse du titre entre les mains du débiteur ne suffisait jamais à faire naître par elle seule une présomption de paiement ou de remise de la dette parce que « la minute qui demeure chez le notaire, et qui n'est pas quittancée, réclame en faveur du créancier, à qui la grosse a pu être volée, ou qui, se fiant à la minute, a pu s'en dessaisir et la confier au débiteur ». (Pothier, *Tr. des oblig.*, n° 609, *in fine*.) — Le Code civil n'a pas non plus reproduit la seconde restriction enseignée par Pothier, conformément à l'opinion de Boiceau (*Tr. des oblig.*, *loc. cit.*), et d'après laquelle, si le débiteur était le facteur du créancier ou autre domestique à portée de se saisir du billet, ou bien encore si c'était un voisin chez lequel le créancier eût porté ses effets, dans le cas d'un incendie, « la possession en laquelle il serait du billet pourrait n'être pas une présomption suffisante, ni de la remise, ni même du paiement de la dette ». Avec le système du Code, ces différentes circonstances rentrent simplement dans la preuve, à laquelle est toujours admis le créancier, que la remise n'a pas été volontaire aux termes des art. 1282 et 1283. — Enfin, dans le silence de la loi et contrairement à l'opinion reçue dans notre ancien droit par application de la loi 24, D., liv. XXII, tit. III, *De prob. et præs.* (Merlin, *Répert.*, v° *Présomption*, § III, n° 10), aucune présomption légale ne résulterait aujourd'hui du fait que le billet est trouvé barré aux mains du créancier.

plète de faute dans tel ou tel cas spécial. (V. par exemple : Art. 1384-1386, 1733 et 1734, 1782-1786, 1946-1954.)

Nous n'avons cependant pas, d'après l'objet même de notre étude, à entrer dans les difficultés d'interprétation auxquelles donne lieu cette matière de la responsabilité. On sait que, par exemple, le seul art. 1385, relatif à la responsabilité du dommage causé par les animaux domestiques, soulève dans la doctrine d'importantes controverses et divise la jurisprudence. Nous devons nous borner à signaler la présomption de faute personnelle qui atteint le responsable et le droit à la preuve contraire qui lui est reconnu, sans rechercher en outre sur quels faits doit porter cette preuve.

B. — CONTRAT DE MARIAGE

81. — 1^o La loi du 10 juillet 1850, additionnelle à l'art. 1391 du Code civil, a introduit par voie de présomption au profit des tiers une heureuse innovation qui résulte de la disposition suivante : « Si l'acte de célébration de mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme SERA RÉPUTÉE, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun... » — La présomption légale n'est établie, disons-nous, qu'en faveur des tiers. En effet, entre le mari et la femme, l'omission de la déclaration exigée par l'art. 1391 n'empêche pas le contrat de mariage de conserver toute sa valeur : les droits de la femme subsistent en entier et ce résultat est bien conforme à l'intention du législateur de 1850, qui ne s'est proposé qu'un seul objet : protéger les tiers contre les fraudes des époux (1).

Au contraire, à l'égard des tiers, la femme ne pourrait invoquer son contrat de mariage pour faire annuler les engagements qu'elle a contractés, opposer, par exemple, sa qualité de femme dotale et le caractère d'inaliénabilité de ses biens ; car elle est présumée capable « dans les termes du droit commun », et dans les termes du droit commun les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers.

(1) Rapport de M. Valette, du 11 juin 1850, 3^e partie, n^o 6.

Là s'arrête d'ailleurs la portée de la loi du 10 juillet 1850. Ainsi les tiers ne pourraient pas prétendre que la déclaration inexacte écrite dans l'acte de mariage leur donne le droit de considérer les époux comme mariés sous le régime de la communauté légale, et, s'ils sont créanciers du mari, de saisir le mobilier de la femme comme faisant partie de la communauté. Car, en premier lieu, le texte de la loi ne dit pas que la femme est « réputée capable dans les termes du droit commun *des régimes matrimoniaux* », mais seulement *dans les termes du droit commun*. En second lieu, il ressort, comme nous venons de le dire, des travaux préparatoires que la loi n'a eu pour objet que de réprimer les fraudes des femmes, qui, mariées sous le régime dotal, se disaient mariées sans contrat. Enfin, peut-on ajouter, les tiers n'avaient, eux aussi, qu'à être prudents et à exiger, en même temps que l'engagement du mari, celui de la femme, afin de se ménager un recours assuré sur les biens de celle-ci (1).

Au reste, la présomption légale établie par la loi de 1850 n'exclut pas la preuve contraire, et la femme devrait être admise à prouver que les tiers avaient eu, avant de contracter, connaissance du contrat de mariage, ou du moins qu'elle leur avait déclaré en avoir fait un, et que l'acte constatant son engagement en contenait la mention. C'est ce qu'exprime la fin du texte en ces termes : *à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage*.

82. — 2° La règle, d'après laquelle le régime de communauté légale forme le droit commun des époux mariés sans contrat, repose elle-même sur une présomption légale, la présomption d'intention conforme des futurs époux, puisque d'une part la communauté légale est un contrat, une convention d'association conjugale quant aux biens, tout autant lorsqu'elle est tacite que lorsqu'elle est expresse (art. 1101, 1387, 1400), et que d'autre part elle n'est imposée aux conjoints

(1) Aubry et Rau, V, § 503, texte et note 17, p. 251; — Colmet de Santerre, VI, n° 41 bis, X.

qu'à défaut de stipulations spéciales qui dérogent à ce régime ou qui le modifient. (Art. 1393.)

La présomption de l'art. 1393 est une présomption *juris et de jure*. En effet, sur le fondement de cette présomption la loi refuse entre époux français, mariés en France, l'action en réclamation de tout régime autre que celui de la communauté légale, ou du moins ne réserve la preuve contraire que si celle-ci résulte d'un acte authentique constatant l'adoption de conventions matrimoniales différentes.

D'un autre côté, ce point de vue, généralement admis aujourd'hui, que la communauté légale ne doit pas être considérée comme dérivant directement de la loi, ou comme une annexe du mariage même, mais bien comme résultant d'une convention tacite des futurs époux, ce point de vue présente, par ses conséquences, un grand intérêt. Il conduit logiquement pour des Français qui se marient à l'étranger, ou des étrangers en France, à reconnaître que, tandis que la loi nationale s'impose pour le mariage, lorsqu'il s'agit de l'état des personnes, au contraire, lorsque l'on veut déterminer le régime matrimonial, il y a lieu d'admettre que les futurs époux seront présumés avoir voulu adopter le régime de droit commun du pays dans lequel ils avaient l'intention, au moment de leur mariage, d'établir leur domicile matrimonial (1). On se conforme par là même au principe général sur l'interprétation des conventions. (Art. 1136.)

83. — 3^e Rappelant simplement pour mémoire la présomption explicitement établie par l'art. 1402, et, par rapprochement, celles contenues dans les art. 1498 et 1499 (pour la

(1) Paris, 3 août 1849 ; — Paris, 15 décembre 1853 ; — Cassat., 11 juillet 1853 ; — Cassat., 4 mars 1857 ; — Alger, 16 fév. et 1^{er} mai 1867 ; — Tribunal de la Seine, 22 mai 1890. — Dans cette dernière affaire, un Français, établi à Londres depuis de longues années, y avait épousé sans contrat une Anglaise ; puis les deux époux étaient venus habiter Paris, où l'un et l'autre étaient décédés. Étaient-ils mariés sous le régime de droit commun français, la communauté légale, ou bien sous le régime de droit commun anglais, la séparation de biens ? C'est en ce dernier sens qu'a jugé le Tribunal, en s'appuyant, d'après les diverses circonstances de la cause, sur la commune intention des parties.

communauté réduite aux acquêts), nous étudierons plus attentivement deux articles, les art. 1409 et 1419, qui doivent occuper, à notre avis, une place importante dans la matière des présomptions légales.

84. — 4° Les art. 1409-2° et 1419 donnent aux créanciers de la femme, pour une obligation contractée par celle-ci avec l'autorisation de son mari, un recours, non seulement sur les biens de la femme, mais encore sur ceux de la communauté et du mari. L'autorisation du mari s'explique en effet par l'espoir que la communauté tirerait profit de l'acte de la femme, et c'est sur cette présomption de profit qu'est fondée l'obligation de la communauté : nous nous trouvons donc bien en présence d'une présomption légale. — Elle est intéressante à plusieurs points de vue.

Tout d'abord, d'après le rapport suivant lequel on l'envisage, elle revêt la forme de présomption *juris et de jure* ou de présomption *juris tantum*. — En effet, la considère-t-on dans ses rapports entre les créanciers de la femme d'une part, et le mari, la communauté et la femme d'autre part? C'est une présomption *juris et de jure*; car le mari ne pourra pas, même en prouvant que la femme a contracté dans un intérêt personnel et que seule elle a tiré profit de son engagement, empêcher le recours des créanciers contre la communauté et contre lui-même. — Envisage-t-on au contraire cette présomption dans les rapports qui existeront lors de la dissolution du mariage entre le mari ou la communauté qu'il représente, et la femme? La présomption de profit n'est plus que *juris tantum*; car il suffira au mari et à la communauté de prouver qu'ils n'ont retiré aucun profit de l'acte passé par la femme, pour que celle-ci leur doive récompense de ce qu'ils ont eu à payer sur le recours des créanciers.

Nous ajouterons que sous le premier de ces deux aspects, c'est-à-dire dans les rapports des créanciers de la femme soit avec la communauté, soit avec le mari, la présomption des art. 1409-2° et 1419 présente encore le caractère particulier de constituer une hypothèse de présomption *juris et de jure*

toute spéciale et non prévue par la loi, puisque d'une manière générale l'art. 1352 paraît n'admettre d'autres présomptions légales *juris et de jure* que « celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice ». Or, il n'y a dans notre présent cas ni annulation d'acte, ni dénégation d'action en justice.

En second lieu cette présomption est, à notre avis, d'autant plus intéressante qu'elle nous paraît devoir servir à expliquer d'une manière à peu près certaine une grave difficulté de notre Code, sur laquelle la controverse n'a pas encore cessé.

85. — Aux termes de l'art. 1432, « le mari qui *garantit solidairement ou autrement* la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété ». — Or, l'art. 1419 décide que les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le *consentement* du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, *sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité due au mari*. — La question qui se pose en présence de ces deux textes est donc la suivante : il semble résulter, par argument *a contrario*, de l'art. 1432, qu'à moins de stipulation formelle le mari, qui autorise simplement sa femme à aliéner un de ses immeubles, ne devient pas, non plus que la communauté, garant de la vente. L'art. 1442 viendrait-il donc restreindre la portée d'application de l'art. 1419 et apporter une exception à la règle que la femme, autorisée par le mari, oblige la communauté et le mari ?

Un grand nombre d'auteurs, regardant comme irrésistible l'argument *a contrario* tiré de l'art. 1432, admettent l'affirmative (1). Nous croyons cependant que l'art. 1432 n'a pas eu pour but de restreindre l'application de la règle de la responsabilité du mari vis-à-vis des tiers, lorsqu'il a autorisé sa femme à contracter. Selon nous, il s'agit d'une tout autre

(1) Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 44, p. 338; — Demolombe, IV, n° 310; — Rodière et Pont, II, n° 785; — Troplong, II, n° 816.

question. Mais pour résoudre la difficulté il est nécessaire de ne pas perdre de vue le texte même de l'art. 1419. — Cet article, avons-nous dit, ne fait qu'énoncer les conséquences juridiques de l'application d'une présomption légale sous-entendue, présomption d'après laquelle le mari n'autorise sa femme à contracter que parce que la communauté doit en tirer profit. Cette présomption est, aux yeux du législateur, tantôt *juris et de jure*, tantôt *juris tantum*; elle est *juris et de jure* lorsqu'on s'en tient aux rapports entre les créanciers de la femme et soit la communauté, soit le mari (1^{re} partie du texte de l'art. 1419); elle est *juris tantum* lorsque les seuls intéressés en présence sont le mari et la femme (2^{me} partie du texte), car le mari peut obtenir récompense contre sa femme en prouvant que la communauté n'a tiré de l'acte aucun profit. Or, remarquons-le, dans toute la section II du titre V, où se place l'art. 1432, les seuls intéressés en présence sont le mari, la femme et la communauté. Eh bien ! selon nous, le législateur devait fatalement, en traitant des limites et des conséquences de l'administration du mari vis-à-vis de la femme, être amené à se demander : si, dans les rapports entre les deux époux, lorsque le mari autorise sa femme à contracter, il y a déjà présomption légale qu'il ne le fait qu'en considération du profit à retirer par la communauté, est-ce que cette présomption ne doit pas être encore plus forte, ne doit pas s'imposer davantage, lorsque le mari ne se contente pas d'autoriser la femme, mais encore se rend son codébiteur solidaire ou se porte sa caution ? En d'autres termes, est-ce que la présomption de profit pour la communauté, qui était *juris tantum* dans le premier cas, ne doit pas devenir *juris et de jure* dans le second, et cela d'autant mieux que telle est déjà la nature de cette présomption, lorsqu'elle sert de fondement à la poursuite des créanciers de la femme soit contre la communauté, soit contre le mari ? — A cette question, en supposant que le législateur n'eût pas songé à la résoudre, on aurait pu, non sans vraisemblance, répondre affirmativement et refuser par suite tout recours au mari contre la femme lors-

que, au lieu de se borner à lui accorder l'autorisation de s'engager, il aurait garanti solidairement ou autrement l'obligation par elle contractée. Aussi la loi s'est-elle chargée de répondre elle-même et de répondre avec moins de rigueur ; c'est du moins ce qu'elle a voulu faire dans l'art. 1432. Ce texte, rapproché de l'art. 1419, vient donc nous dire : alors même que le mari a *garanti solidairement ou autrement* l'obligation contractée par la femme, la présomption de profit, qui existe contre la communauté et le mari, n'en reste pas moins une présomption *juris tantum*, et le mari pourra obtenir contre sa femme la récompense dont l'art. 1419 pose le principe, bien que les conséquences logiques de ce même article, ou plutôt de la présomption sur laquelle il repose, eussent pu priver le mari du droit à cette récompense en l'empêchant de prouver l'absence de tout profit tiré par lui-même ou par la communauté de l'acte de la femme. Voilà, croyons-nous, l'unique portée et la seule raison d'être de l'art. 1432.

86. — Nous relèverons encore dans la matière du contrat de mariage les deux exemples suivants de présomptions légales :

5° La présomption *juris et de jure* sur laquelle est fondée la disposition de l'art. 1488 : la femme qui a payé une dette de la communauté au delà de sa moitié n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédent. La loi ne réserve à la femme qu'un seul moyen d'administrer la preuve contraire et de démontrer son erreur : il faut que la quittance délivrée par le créancier exprime « que ce qu'elle a payé était pour sa moitié ».

6° La présomption très grave implicitement édictée contre le mari par l'art. 1569, sous le régime dotal, et d'après laquelle le mari est réputé avoir reçu la dot promise à sa femme ou l'avoir laissée périr par négligence, lorsque le mariage a duré dix ans depuis l'échéance du terme pris pour le paiement de cette dot, de telle sorte que la femme ou ses héritiers sont autorisés à la répéter lors de la dissolution du ma-

riage, sans être tenus de prouver qu'elle a été effectivement payée. Le mari ne peut écarter la présomption et se décharger de l'obligation de restituer qu'en prouvant lui-même les poursuites faites pour le recouvrement de la dot et l'inutilité de ces poursuites. Au reste, la présomption de paiement après dix années n'est établie qu'en faveur de la femme ou de ses héritiers. Elle ne pourrait être invoquée par le père, le parent ou l'étranger, qui a constitué la dot, et par suite le mari conserve ses droits contre le constituant qui n'est libéré que par la prescription trentenaire (1).

C. — DES CONTRATS DE VENTE, DE LOUAGE, DE PRÊT.

87. — 1^o Dans le contrat de vente nous avons déjà mentionné incidemment la présomption légale de l'art. 1588, qui fait de la vente à l'essai une vente sous condition suspensive sauf preuve contraire, laquelle preuve contraire transforme même le plus souvent la condition suspensive en une condition résolutoire, ne serait-ce que par suite d'usages locaux, restés conformes à notre ancien droit (2), et servant encore aujourd'hui à l'interprétation des conventions.

2^o Dans le contrat de louage, qui tient de près à la vente, si bien qu'il pourrait également avoir lieu à l'essai et comporterait par suite la même présomption, nous signalerons de plus et comme spéciales au louage les présomptions simples relatives : — *a.* aux réparations locatives (art. 1731 et 1734), à la responsabilité des dégradations et pertes en général (art. 1732) ; — *b.* à la responsabilité des locataires en cas d'incendie des lieux loués, qu'il y ait un seul ou plusieurs locataires (art. 1733 et 1734 ; — L. du 5 janv. 1883) : cette présomption réclame d'ailleurs un examen particulier que nous allons aborder au numéro suivant ; — *c.* aux congés et à la tacite

(1) Trav. prépar., Rapport au Tribunal, séance du 19 pluv. an XII ; — Merlin, *Répert.*, v^o *Dot*, § III, n^o 8, *inf.* ; — Marcadé, art. 1569, n^{os} 1 et 2 ; — Aubry et Rau, V, § 540, texte et note 13, p. 626. — Cf. Duranton, XV, n^o 566 ; — Rodière et Pont, *Traité du contr. de mar.*, III, 1923-1924 ; — Troplong, *Du contr. de Mar.*, IV, 3658 et 3665.

(2) Pothier, *Du contr. de vente*, n^{os} 266 et s. ; — *Répert.*, v^o *Essai* (vente à l').

reconduction (art. 1736-1739) ; — *d.* à la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs (art. 1792) : pour cette dernière présomption, voir *infra*, nos 97 et s.

88. — Le principe général qui rend le locataire responsable des pertes arrivées pendant sa jouissance (art. 1137, 1728, 1732) reçoit une application particulière en cas d'incendie. Le locataire ne peut échapper à la responsabilité qu'en prouvant que l'incendie provient d'une de ces trois causes : cas fortuit ou force majeure, vice de construction, communication d'une maison voisine.

Le législateur présume donc que l'incendie est presque toujours dû à la faute des habitants.

Cette règle, déjà dans notre ancien droit, avait fini par prévaloir en doctrine et en jurisprudence(1). Mais s'il y avait plusieurs locataires dans l'immeuble incendié, Pothier admettait que seul le locataire de la partie par où le feu a commencé était tenu envers le propriétaire ; que si l'on ne savait pas où le feu a commencé, aucun locataire n'en serait tenu. La jurisprudence, au contraire (2), décidait que lorsque les causes de l'incendie restaient ignorées, tous les locataires en étaient tenus envers le propriétaire.

Le projet du Code civil adoptait les deux règles suivantes : « Le locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve qu'il est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par un vice de construction de la cheminée, ou qu'il a été communiqué par une maison voisine. — S'il y a plusieurs locataires dans la maison, tous sont solidairement responsables de l'incendie, excepté qu'ils ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là seuls n'en sont pas tenus. » (Art. 49 et 50 du tit. XIII.) (3). La première de ces deux règles fut adoptée presque sans observation. (Art. 1733.) — Quant à la seconde, qui devint l'art. 1734 du Code civil, elle fut l'objet des plus vives critiques, surtout de la part des tri-

(1) Pothier, *Traité du louage*, n° 194. — Parlement de Paris, arrêts du 6 mars 1727, du 24 janv. 1737, du 11 déc. 1737.

(2) Parlement de Paris, arrêt du 3 août 1777.

(3) Disc. au Cons. d'Etat, séance du 9 nivôse an XII.

bunaux d'appel (1). Néanmoins elle fut adoptée sans modifications. La considération qui l'emporta fut que, avant tout, le propriétaire devait être indemnisé. Quant aux locataires, « c'est à eux à se surveiller mutuellement, surtout désormais au moyen de l'avertissement que la loi leur donne ici. — Il en résultera, non seulement que le propriétaire lésé ne restera pas sans indemnité, mais encore qu'une surveillance plus active préviendra sinon toujours l'incendie, du moins toujours ses progrès (2) ».

89. — Quelle est la valeur de ces deux dispositions ?

L'art. 1733 se justifie par des raisons d'une grande importance : — 1° l'incendie est rarement dû à un cas fortuit, mais bien plus souvent à la faute, au manque de surveillance des locataires. Or, le bailleur ne peut en rien suppléer à ce défaut de surveillance. — 2° le locataire peut faire la preuve qu'il n'y a pas faute de sa part ; et c'est pour lui que la preuve est la plus facile, car il sait ou peut savoir exactement en quel endroit précis le feu a pris naissance ; comment le propriétaire connaîtrait-il les mêmes détails, lui qui n'habite pas la maison ? — 3° le locataire se prétend libéré par cas fortuit, c'est donc lui, d'après les principes mêmes du droit, qui doit prouver le cas fortuit qu'il allègue. Mais si l'art. 1733 se justifie facilement, il n'en est certes pas de même de l'art. 1734 et de la solidarité qu'il édicte. — La solidarité suppose en effet une association expresse ou tacite entre personnes qui se connaissent et s'acceptent les unes les autres. Rien de tel ici. Quant à la surveillance que l'art. 1734 forcerait les locataires à exercer les uns vis-à-vis des autres, elle est purement illusoire, chaque locataire restant maître chez lui. La nécessité d'une modification se faisait de plus en plus sentir et, dès l'année 1879, M. Viette, député, proposait à la Chambre une réforme radicale : la suppression des art. 1733 et 1734, pour en revenir au principe général édicté par

(1) Trav. prépar. — Fenet, t. III, pp. 430 ; — t. IV, p. 200-201 ; — t. V, p. 613.

(2) Rapport au Tribunat, séance du 14 ventôsean XII.

les art. 1382 et 1384 C. civ. (Séance du 18 mars 1879. Annexe au procès-verbal.)

La proposition de M. Viette fut rejetée, mais un nouveau projet fut présenté par MM. Durand, professeur à la faculté de droit de Rennes, Bernard et Drummel, professeurs à la faculté de Douai. Ce projet, qui laissait subsister entièrement l'art. 1733, était ainsi conçu :

« Art. unique. — L'art. 1734 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit : « S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul est tenu ; — ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus et les autres répondent du tout comme il est dit ci-dessus. »

Voté par la Chambre le 14 mars 1882, ce projet fut transmis au Sénat qui lui fit subir une modification. — La Commission du Sénat émit en effet l'opinion que, au cas où l'un des locataires prouve que l'incendie n'a pas commencé chez lui, la responsabilité devait peser sur le propriétaire pour la partie de la maison occupée par le locataire qui a démontré l'absence de toute faute à lui imputable, à moins que la faute des autres locataires ne fût elle-même prouvée.

Ce système fut adopté par le Sénat sur la demande de M. Bathie, rapporteur, et enfin par la Chambre des députés, le 28 décembre 1882. — Il fut promulgué le 5 janvier 1883.

En résumé, il supprime désormais la solidarité entre les locataires et prend pour base de la répartition de la responsabilité la valeur locative proportionnelle.

90. — Cela dit, voyons maintenant dans quelle mesure la présomption de faute agit contre les divers responsables ou profite à ceux en faveur de qui elle est établie.

Tout d'abord, dans quel cas le locataire est-il responsable de l'incendie ?

D'après l'art. 1733, le locataire est de plein droit responsa-

ble de l'incendie : il y a contre lui une présomption de faute. Il peut cependant administrer la preuve contraire et, pour y arriver, il a d'abord un premier moyen : il peut prouver directement qu'il y a eu cas fortuit, ou force majeure, ou vice de construction, ou bien que le feu a été communiqué par une maison voisine. — Mais pourrait-il, sans prouver directement aucune de ces trois causes, démontrer qu'il n'a commis aucune faute et cela suffirait-il? — Avant 1883, plusieurs auteurs répondaient négativement (1); pour eux, s'attachant à la lettre de l'article, la preuve que le locataire avait à fournir était la preuve positive de la cause de l'incendie. — La doctrine qui admet comme suffisante la preuve qu'il n'y a pas eu faute de la part du locataire était au contraire adoptée par le plus grand nombre des arrêts (2). Telle était aussi l'opinion de Pothier (3), qui pourtant emploie les mêmes expressions que l'art. 1733 ; et ce sens paraît bien ressortir également des travaux préparatoires sur l'art. 1733 (4).

Depuis la loi du 5 janvier 1883 le doute n'est plus possible et, pour s'en convaincre, il suffit de lire le passage du rapport qui ne fait qu'exposer les idées adoptées ensuite par la Chambre :

« Ici, comme partout, les Cours et Tribunaux ont accompli leur œuvre. — N'est-il pas de jurisprudence aujourd'hui non seulement qu'il n'est pas nécessaire que le locataire établisse la cause précise de l'incendie, non seulement qu'il n'est pas besoin que la force majeure soit déterminée et spécifiée, mais même que l'appréciation des faits qui peuvent constituer une faute de la part du preneur, ou qui peuvent au contraire mettre sa responsabilité à couvert, appartient souveraine-

(1) Toullier, XI, n° 461 ; — Aubry et Rau, IV, § 367, texte et notes 20, 21, 22 ; — Marcadé VI, art. 1733-1734, n° 1. — *Adde.* Cassat., 16 août 1882.

(2) Rouen, 16 janv. 1845 ; — Cassat., 14 nov. 1853 ; — Metz, 21 déc. 1854 ; — Chambéry, 18 avril 1867 ; — Cassat., 11 janv. 1870 ; — Caen, 15 juin 1872 ; — Nancy, 21 mai 1873 ; — Dijon, 26 mars 1879 ; — Amiens, 9 avril 1880 ; — Caen, 19 mai 1881. — *Adde.* Troplong, *Du louage*, I, n° 382.

(3) *Du louage*, n° 494.

(4) Discours prononcé au C. législ., sur le tit. VIII, liv. III, G. c., par le tribun Jaubert, séance du 16 ventôse an XII.

ment aux juges du fond ? » (Séance du 3 mars 1881.) Ce passage montre bien avec quel sens l'art. 1733 a été maintenu par le législateur de 1883 (1).

D'ailleurs, même avec ce sens reconnu à l'art. 1733, le locataire devra prouver non seulement qu'il n'y a pas faute de sa part quant à l'incendie, mais encore qu'aucune faute ne lui est imputable dans l'observation des règles générales du louage. Par exemple le locataire ne pourra pas se défendre en alléguant qu'il était absent au moment de l'incendie, s'il s'agit d'une maison que le locataire doit toujours habiter.

91. — La même présomption de responsabilité pèse-t-elle sur le locataire, lorsque le propriétaire bailleur habite une partie de la maison incendiée ?

Avant la loi de 1883, on avait soutenu que la responsabilité légale du locataire disparaissait dès que le propriétaire habitait la maison louée, car le propriétaire devait surveiller lui-même sa chose (2). Mais cette opinion était repoussée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (3). En effet, le propriétaire, même présent dans la maison, n'a pas le droit d'entrer chez son locataire pour surveiller sa conduite et, de plus, la présence du propriétaire ne fait pas disparaître pour le locataire l'obligation, s'il ne peut restituer la chose, de prouver qu'elle a péri sans sa faute. La présence du propriétaire dans la maison louée ne peut donc modifier la situation du locataire que de deux manières : — 1^o comme le feu a pu prendre aussi bien dans la partie habitée par le propriétaire que dans celle occupée par le locataire, pour que le propriétaire actionne valablement le locataire en vertu de l'art. 1733, il doit commencer par établir que l'incendie n'est pas né chez lui ; — 2^o le contrat de louage ne rend le locataire responsable que de la partie de la maison qu'il a louée ; à l'égard du surplus, il ne peut être tenu que de sa faute et en

(1) V. Guillouard, *Du louage*, I, n^o 270. — Toulouse, 19 fév. 1835.

(2) Duranton, XVII, n^o 109.

(3) Aubry et Rau, IV, § 367, texte et note 27 ; — Troplong, I, n^o 33⁶ ; — Marcadé, IV, art. 1733, n^o 4. — Toulouse, 7 juill. 1843 ; — Cassat., 20 nov. 1855 ; — Grenoble, 20 mai 1872 ; — Paris, 2 déc. 1872.

vertu de l'art. 1382. Par suite, tandis que, pour la portion louée, s'il ne la restitue pas, le locataire est présumé en faute, au contraire, pour la partie habitée par le propriétaire, celui-ci devra prouver la faute du locataire, s'il veut lui faire supporter la responsabilité de l'incendie.

Depuis la loi de 1883 un nouveau système s'est produit. On a soutenu que, si l'on ne sait pas où l'incendie a pris naissance, le propriétaire pourra invoquer contre les locataires les art. 1733 et 1734 pour la partie de la maison occupée par eux, sans avoir à prouver que le feu n'a pas commencé dans la partie qu'il habite. En faveur de cette opinion, on fait remarquer que d'après la loi nouvelle chaque locataire est responsable de l'incendie proportionnellement à la valeur de la partie de maison qu'il occupe ; que pour triompher le bailleur n'a qu'à invoquer contre les locataires cette responsabilité en déduisant de l'indemnité à laquelle il a droit la part proportionnelle dont il est lui-même responsable comme habitant la maison ; car, pour cette part, il est assimilé à un locataire : cela résulte et de l'esprit de la loi et des travaux préparatoires. — Le rapport de M. Batbie au Sénat (séance du 22 juillet 1882) s'exprimait d'ailleurs en ce sens : « Sous le régime actuel..., le bailleur dit au locataire : « rendez-moi la chose louée, ou prouvez que vous êtes libéré par cas fortuit. » Les locataires n'échapperaient à cette dette de restitution que s'ils établissaient que l'incendie n'a pas commencé chez eux ou a commencé dans la partie habitée par le propriétaire (1). »

Malgré le crédit qu'apporte à cette doctrine un défenseur aussi autorisé que notre éminent maître, M. Labbé, nous ne croyons pas qu'elle puisse triompher. Qu'a fait la loi de 1883 ? Elle a modifié la mesure dans laquelle les locataires étaient responsables de l'incendie : voilà tout. Mais cela ne change en rien les rapports du propriétaire avec les locataires. Bien au contraire, lorsque M. Batbie disait devant le Sénat : « La

(1) Labbé, note dans Sirey, 1885, 4, 7. — Guillouard, *Du louage*, I, n° 273.

part de la maison occupée par le propriétaire est assimilée à la part qu'occuperait un autre locataire, » n'affirmait-il pas que la responsabilité était la même, et par suite qu'une égale présomption de faute pesait et sur le propriétaire et sur le locataire ? S'il en était autrement, l'assimilation ne serait pas complète. Dès lors, de quel droit le propriétaire viendrait-il dire au locataire : Rendez-moi la chose louée ou prouvez-moi que vous êtes libéré par cas fortuit ? Celui-ci répondrait victorieusement : Aussi bien que moi vous êtes présumé en faute ; vous êtes demandeur, à vous de prouver le bien fondé de votre action, par suite l'absence de faute. Y a-t-il là une cause d'exonération du locataire ? Pas le moins du monde. Il n'y a là qu'une application stricte des principes du droit commun (1).

Enfin, comme le locataire, même depuis la loi de 1883, n'est obligé de restituer que la partie de la maison qu'il a louée, pour le surplus il n'en sera responsable que s'il existe à sa charge une faute prouvée par celui qui l'actionne (2).

92. — Dans quelle mesure les divers locataires sont-ils responsables ? — Le nouvel article 1734 répond :

« S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent, — à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul est tenu, ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. »

Si l'on suppose une maison habitée par trois locataires payant : le premier, un loyer de 2.000 fr., le second, un loyer de 1.500 fr. ; le troisième, un loyer de 1.000 fr., l'indemnité sera donc, en principe, supportée pour les $\frac{4}{9}$ par le premier, pour les $\frac{3}{9}$ par le second et pour les $\frac{2}{9}$ par le troisième ; il n'y a plus de solidarité.

Nous disons : *en principe* ; car, si les locataires prouvent

(1) Note dans Dalloz, 1885, II, 437. — Rennes, 15 février 1889.

(2) Chambéry, 24 juill. 1882 ; — Nîmes, 15 mars 1884.

que le feu a pris chez l'un d'eux, celui-là seul sera tenu vis-à-vis du bailleur. — Mais suffira-t-il alors, pour que le locataire soit seul responsable de l'indemnité à raison de toutes les parties de la maison louée, qu'on établisse que c'est chez lui que le feu a commencé, ou bien faudra-t-il qu'on fasse contre lui la preuve d'une faute ? La question est très controversée.

Plusieurs décisions judiciaires ont adopté l'opinion d'après laquelle le locataire serait intégralement responsable de tout le dommage causé par l'incendie, dès qu'il serait prouvé que l'incendie a éclaté dans la partie qu'il avait louée (1); et il faut reconnaître que cette opinion serre de très près l'art. 1734. — Le texte commence en effet par poser le principe de la répartition proportionnelle de l'indemnité entre les différents locataires ; puis il ajoute : *à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu*. Le sens de cette phrase paraît bien être : auquel cas celui-là seul sera tenu de l'indemnité qui, dans le § 1^{er}, était répartie proportionnellement entre les différents locataires. — De plus, si l'on rejette cette théorie, quelle serait la différence entre l'hypothèse où les locataires prouvent que le feu a pris dans l'habitation de l'un d'eux et celle où tous les locataires, moins un, prouvent seulement que l'incendie n'a pas pu se déclarer chez eux, puisque on arrive à traiter de la même manière celui chez lequel le feu est prouvé avoir pris naissance et celui qui n'a pu démontrer que l'incendie ne s'était pas déclaré dans son habitation ? L'art. 1734 règle pourtant les deux hypothèses dans deux paragraphes distincts, qui paraissent bien comporter deux solutions différentes.

L'opinion contraire exige que, pour que toute l'indemnité soit mise à la charge d'un seul locataire, on démontre

(1) Batbie, *Revue critique*, 1884, pp. 736 et s. — Trib. de Nîmes, 29 déc. 1883 ; — Trib. de Bordeaux, 7 mai 1884 ; — Nîmes, 13 mars 1884 ; — Trib. de la Seine, 2 août 1884 ; — Toulouse, 19 fév. 1885 ; — Dijon, 23 déc. 1885.

contre lui l'existence d'une faute, cause de l'incendie (1).

Elle s'éloigne d'avantage du texte, mais elle nous semble plus juridique, plus conforme aux principes généraux de la responsabilité. Le locataire est tenu de restituer la partie de la maison qu'il a louée, mais uniquement cette partie; s'il ne peut la restituer, il en est responsable, car il y a contre lui une présomption de faute : c'est une application des règles de l'art. 1302. Mais pour les autres parties de la maison, parties occupées par d'autres individus, toute responsabilité contractuelle disparaît pour le locataire : à leur égard, il ne peut être tenu que de sa faute; c'est l'art. 1382 qui, dès lors, est applicable, avec cette conséquence que celui qui invoque la faute doit aussi la prouver; et tel était bien d'ailleurs le sens définitif attribué à l'art. 1734 par le rapporteur, M. Durand, et la Chambre des députés. (Séance du 14 nov. 1882, annexe au procès-verbal.) (2).

93. — 3° D'après l'art. 1906, « l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital ». Cette décision repose sur une présomption, implicitement admise par la loi, celle que l'emprunteur, en payant volontairement des intérêts non stipulés, a entendu s'acquitter d'une dette naturelle (art. 1235); et dès lors il ne lui serait pas permis de prouver le contraire, en alléguant une erreur, et d'intenter l'action en répétition de l'indû (art. 1350-2° et 1352), ou, ce qui reviendrait au même, d'opposer une exception pour obtenir l'imputation des intérêts payés sur le capital. Il n'en devrait être autrement qu'en faveur de l'héritier de l'emprunteur, qui, croyant à l'existence d'une dette portant intérêts, aurait ainsi payé par erreur de fait. (Art. 1356 *in fine*.)

Nous ne croyons pas d'ailleurs qu'il faille, pour cette présomption légale de paiement d'une dette naturelle, accepter la distinction proposée par M. Pont (3), entre le cas où, quoi-

(1) Guillouard, I, n° 277. — Trib. de Lyon, 9 janv. 1884; — Lyon, 30 avril 1884.

(2) *Adde* : Notes de M. Labbé, dans Sirey, 85, II, 1, et 85, II, 73.

(3) *Des petits contrats*, art. 1906.

qu'il ne soit pas intervenu de stipulation d'intérêts, il y a eu pourtant à cet égard une certaine entente entre le prêteur et l'emprunteur, celui-ci désirant donner à celui-là un témoignage appréciable de sa reconnaissance pour le service rendu, et le cas où il n'y a eu rien de semblable : ce ne serait, dit le savant auteur, que dans la première hypothèse que l'on pourrait reconnaître l'existence d'une dette naturelle et son paiement ; dans la seconde, le paiement serait encore valable, mais comme don manuel, soumis par suite à toutes les conséquences des donations. Mais pareille distinction entre une stipulation expresse, une convention amoindrie en quelque sorte, et une absence complète de convention, relativement aux intérêts, nous paraît, pour l'explication de l'art. 1906, d'une subtilité qui n'a pas dû entrer dans l'esprit de la loi.

94. — 4° L'art. 1908, relatif également aux intérêts dans le prêt à intérêts, mais aux intérêts stipulés ou convenus, décide que « la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le paiement et en opère la libération ». Nous sommes donc de nouveau en présence d'une double présomption légale, celle de paiement, laquelle est explicite, et celle de libération, celle-ci implicite. La première admettrait la preuve contraire, puisque, au lieu de paiement, il peut y avoir eu remise, et que le créancier a intérêt à garder du moins la qualité de donateur ; la seconde serait absolue, puisque, par cela même qu'il y a libération, tout action est déniée à l'ex-créancier en cette qualité.

En réalité, c'est une hypothèse analogue, pour ne pas dire identique, à celle de l'art. 1282, où la remise du titre original engendre une présomption absolue de libération et une présomption simple de libération par le mode ordinaire, le paiement. — Cette considération suffit pour que nous repoussions deux interprétations différentes auxquelles a donné lieu l'art. 1908.

1° Celle des auteurs, en assez grand nombre, qui, au lieu de décomposer, comme nous venons de le faire, la proposition « en fait présumer... et en opère... », réunissent les deux

parties du texte, en n'accordant d'importance qu'à la dernière, et font ainsi du tout une présomption *juris et de jure*, sans réserve de preuve contraire (1);

2° Celle qui, tout en combinant les deux parties de la disposition, réserve néanmoins la preuve contraire sans distinction, sous le prétexte que l'action n'est pas expressément déniée par l'art. 1908 (2).

Quoi qu'il en soit, il faut se bien garder de faire rentrer dans l'hypothèse de l'art. 1908, par argument d'analogie, plusieurs espèces relatives à des dettes concomitantes ou fractionnées, dont l'extinction partielle serait prouvée par une quittance sans réserve des dettes antérieures ou des autres fractions de la même dette. Il n'y a place dans ces différentes hypothèses que pour les présomptions du magistrat. (Art. 1350 et 1353; — ci-dessus, n° 8.)(3).

SECTION IV

Présomptions relatives à la prescription (4).

95. — 1° Avant de signaler les présomptions relatives à la prescription, nous devons nous demander si la prescription elle-même, acquisitive ou libératoire, est fondée sur une présomption légale, en principe absolue, ou bien si elle doit, une fois constituée dans tous ses éléments, être mise sur la même ligne que les autres moyens d'acquérir ou de se libérer (successions, donations, conventions, etc.), avec les mêmes effets. Plusieurs textes plaideraient en faveur de ce dernier sens (art. 713, 1234, 2219); mais ces textes peuvent n'exprimer qu'un point de vue pratique, celui du résultat, parce que

(1) Aubry et Rau, IV, § 396, texte et note 8, p. 602; — Taulier, VI, p. 449; — Troplong, *Du prêt*, n° 414; — Mourlon, 5^e édit., III, p. 393; — Boileux, VI, p. 429.

(2) Pont, *Des petits contrats*, art. 1908, n° 320; — Duranton, XVII, n° 606; — Toullier, X, n° 31 et s. — Rapp. Cassat., 13 janv. 1875.

(3) V. également Dalloz, *Rép. alph.*, XXXIII, n° 4989, 5015 et s.

(4) Bien que nous passions sous silence les titres XII à XIX du liv. III C. c., nous ne pouvons cependant ne pas signaler l'importante présomption sur le fondement de laquelle l'art. 1965 dénie l'action en justice pour dette de jeu. Elle ne présente d'ailleurs par elle-même aucune difficulté.

la prescription, du moment qu'elle est invoquée, et il est fort rare qu'elle ne le soit pas, procure les mêmes avantages que les moyens directs d'acquérir ou de se libérer. En second lieu la proposition du 2° de l'art. 1350... *de certaines circonstances déterminées*..., s'adapte tout aussi bien à la prescription, acquisitive ou libératoire, qu'aux autres cas de présomptions, soit de propriété (art. 653, 663, 666 et 670, 1402), soit de libération (art. 1282 et 1283; 1908). Enfin, la circonstance que quelques prescriptions libératoires admettent que le serment soit déferé à ceux qu'elles opposent (art. 2275 C. civ.; art. 189 C. comm.), cette circonstance semble bien indiquer que ces prescriptions ne reposent que sur une présomption légale de libération, susceptible d'un certain genre de preuve contraire (V. *suprà*, n° 33); et, s'il en est ainsi pour certaines prescriptions, comme le caractère de la prescription en général n'est pas divisible, non plus que divisé par la loi, pour, tantôt reposer sur une présomption légale, et tantôt constituer un moyen ordinaire d'acquérir ou de se libérer, il est rationnel, et d'ailleurs aussi plus équitable (art. 2223), de n'y voir jamais qu'une présomption légale *juris et de jure* de libération ou d'acquisition.

96. — 2° Cela dit, plusieurs présomptions, admettant toutes la preuve contraire, se rattachent à la prescription. Il suffit ici de les mentionner. Ainsi: *On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire* (art. 2230); — *Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre* (art. 2231); — *Le possesseur actuel qui prouve avoir posséder anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire* (art. 2234); — *La bonne foi est toujours présumée.* (Art. 2268.) — Ce sont là des vérités de sens commun et de sens pratique; mais, comme les vérités les plus simples comportent, en fait, des exceptions, il était aussi de toute nécessité de ne pas exclure la preuve contraire, et c'est ce qu'a fait le législateur. (V. en outre, pour la présomption relative à la *bonne foi*, ce que nous avons dit *suprà*, n° 8.)

97. — 3° Nous avons déjà mentionné, au nombre des règles qui se justifient par une présomption légale, la responsabilité décennale à laquelle l'art. 1792 soumet les architectes et entrepreneurs quant aux édifices construits par eux à prix fait. Cette présomption légale de faute, qui pèse sur les architectes et les entrepreneurs en cas de perte totale ou partielle de l'édifice dans les dix ans, se retrouve-t-elle dans l'art. 2270, où il n'est plus question spécialement d'*édifice*, ni de *prix fait*, mais de gros ouvrages exécutés ou dirigés ? En d'autres termes, lorsqu'un propriétaire intente l'action en responsabilité, en invoquant l'art. 2270, doit-il prouver la faute de ceux qu'il attaque, ou bien au contraire la loi elle-même le dispense-t-elle de cette preuve en créant en sa faveur, contre les entrepreneurs et architectes, la présomption de faute précédemment établie dans l'art. 1792 ?

Une première opinion décide que l'art. 2270 ne fait que compléter l'art. 1792 et que par suite une même présomption légale de faute explique ces deux textes (1).

Dans un second système, on admet encore que l'art. 2270 n'est que le complément de l'art. 1792 ; mais on soutient que ni l'un ni l'autre de ces deux articles ne crée de présomption de faute contre l'architecte et l'entrepreneur. Pour qu'ils soient responsables, il faut que le propriétaire, demandeur en indemnité, prouve que la perte a eu lieu par le vice de la construction ou par le vice du sol, car, dit-on, entrepreneur et architecte ont livré les travaux ; ils sont donc libérés à moins qu'on ne leur prouve qu'il y a eu faute de leur part (2).

98. — Nous croyons avec la jurisprudence qu'il faut repousser ces deux opinions. L'art. 1792 établit à la charge des architectes et entrepreneurs une présomption légale de faute, et cette présomption ne peut être écartée que par la preuve d'un cas fortuit. Mais ce n'est pas à dire pour cela

(1) Frémy-Ligneville et Perriquet, *Traité de la législation des bâtiments*, I, nos 459-460 ; — Marcadé, art. 1892-1°.

(2) Duvergier, II, 353 ; — Laurent, XXVI, nos 23-31 ; — Troplong, *Du louage*, nos 1001 et 1005.

que l'art. 2270 reproduise la même présomption. L'art. 2270 a une portée d'application bien plus étendue que l'art. 1792, puisqu'il déclare les architectes et les entrepreneurs responsables, non seulement de la perte totale ou partielle, mais de toutes les malfaçons, non seulement pour les édifices, mais pour tous les gros ouvrages qu'ils ont effectués, non seulement pour les travaux qu'ils ont exécutés, mais même pour ceux qu'ils ont simplement dirigés, enfin sans distinguer si le marché a été conclu à forfait ou par série de prix. Or l'art. 1792 crée une présomption légale ; il contient donc une disposition exceptionnelle, et, comme tel, il ne peut être étendu à d'autres hypothèses que celles expressément prévues par son texte. En second lieu, la présomption légale de faute se comprend dans l'hypothèse prévue par l'art. 1792 et à laquelle il restreint sa disposition, c'est-à-dire lorsque l'édifice a été construit à forfait. En effet, on peut présumer que l'architecte ou l'entrepreneur, qui s'est chargé d'exécuter un ouvrage à forfait, cherchera, pour augmenter ses bénéfices, à diminuer le plus possible les frais des travaux, sans s'inquiéter des conséquences que peut avoir son économie, au point de vue de la durée et de la solidité de la construction. Mais cet intérêt n'existe plus lorsque le prix, non déterminé à l'avance, doit être fixé par l'ensemble des dépenses, et l'on peut dire que la vraie raison d'établir une présomption légale de faute disparaît en même temps (1). Par suite, pour toutes les hypothèses rentrant dans les termes de l'art. 2270, ce sera au propriétaire qui invoque la responsabilité de prouver l'existence d'une faute à la charge des architectes et entrepreneurs.

D'autre part, dans les cas prévus par l'art. 1792, pour se décharger de l'obligation de garantie que leur impose la présomption de faute, les architectes et entrepreneurs ne pourraient même pas alléguer que la perte provient d'un vice du sol, car le texte lui-même les rend formellement responsa-

(1) Cassat., 12 nov. 1844 ; — Cassat., 15 juin 1863 ; — Cassat., 1^{er} déc. 1868 ; — Cassat., 26 nov. 1873 ; — Cassat., 24 nov. 1875 ; — Angers, 23 août 1877. — *Adde* : Aubry et Rau, IV, § 374, texte et notes 18, 19, 20 et 25, pp. 530 et s.

bles lorsque l'édifice périclît par le vice du sol. Ils doivent en effet étudier le terrain sur lequel ils ont à construire et posséder des connaissances professionnelles suffisantes pour reconnaître s'il est propre ou non à recevoir une construction (1).

99. — 4° La règle formulée par l'al. 1 de l'art. 2279, « en fait de meubles la possession vaut titre, » est-elle la conséquence d'une présomption légale ? — L'affirmative compte un certain nombre de partisans (2) et, bien que nous ne partagions pas cette opinion, nous devons cependant lui réserver une certaine place dans notre étude des présomptions légales. Nous essaierons d'ailleurs de la réfuter et d'exposer quel est, selon nous, le véritable sens de la maxime adoptée par l'art. 2279.

Si l'on admet assez volontiers aujourd'hui que la règle *en fait de meubles la possession vaut titre* s'explique par une présomption de propriété, que le fait de la possession engendre en faveur du possesseur d'une chose mobilière, telle n'est pas, on le sait, l'unique interprétation donnée de l'art. 2279, al. 1 ; et un système, dont Marcadé peut être regardé comme le principal défenseur, soutient au contraire qu'avec la règle *en fait de meubles...*, etc., on ne sort pas de la prescription acquisitive : après avoir successivement réglementé les deux espèces principales de prescriptions acquisitives, prescription de dix à vingt ans, prescription de trente ans, le Code civil, dans l'art. 2279, al. 1, en consacrerait pour les meubles une dernière espèce, la pres-

(1) Remarquons également que les architectes et entrepreneurs ne répondent pas seulement de la solidité et de la bonne exécution des travaux, mais qu'en outre ils sont responsables envers le propriétaire de tout le préjudice que pourrait causer à celui-ci l'inobservation des règlements administratifs relatifs aux constructions, ou des lois en matière de voisinage. Mais ici leur responsabilité ne se rattache pas à une présomption légale ; elle a sa base, non plus dans les art. 1792 et 2270, mais dans les art. 1382 et 1383, et par suite l'action qui la sanctionne ne peut se prescrire que par le délai de droit commun de 30 ans. (Art. 2262.) (Aubry et Rau, IV, § 374, texte et notes 31 et 32, pp. 533 et s.)

(2) V. notamment : Aubry et Rau, II, § 183, texte et notes 3, p. 108 ; — Zachariæ, § 212, *a principio* ; — Toullier, XIV, n° 104-119.

cription *instantanée* (1). — Ce système tient grand compte de la place assignée à notre texte dans le titre même de la prescription. Mais nous verrons que, si la place attribuée à l'art. 2279 doit être prise en considération, ce ne peut être qu'à un point de vue tout différent de celui de la prescription acquisitive. En second lieu, dire que pour les meubles il existe une prescription instantanée, n'est-ce pas se mettre en contradiction avec la définition même de la prescription acquisitive qui, aux termes de l'art. 2219, est un moyen d'acquérir *par un certain laps de temps*. La contradiction apparaît d'autant mieux que, pour y échapper, on n'a pu jusqu'ici trouver de meilleure réponse que celle-ci : il faut une possession au moins d'un instant pour invoquer la prescription instantanée ; or *un instant* est un *laps de temps* (2). — Enfin, s'il s'agissait véritablement dans l'art. 2279 d'une prescription affranchie seulement de la condition de temps, elle n'en exigerait pas moins, comme toute prescription autre que la prescription trentenaire, le juste titre, et le possesseur, qui se prévaudrait de la règle *en fait de meubles...*, etc., serait obligé de produire son titre. Or, cette obligation ne lui est nullement imposée par l'art. 2279. — Ces diverses raisons ne permettent pas, croyons-nous, d'expliquer la maxime *en fait de meubles la possession vaut titre* par l'idée d'une prescription instantanée.

100. — Celle d'une présomption légale de propriété est-elle préférable ? — Nous remarquerons immédiatement qu'elle a le grave inconvénient de donner lieu à la plus grande divergence d'opinions, tant sur la question de savoir si la présomption qui justifierait l'art. 2279, al. 1, est ou non susceptible d'être combattue par la preuve contraire, que, le principe de cette preuve contraire étant admis, sur la mesure dans laquelle elle peut être administrée. En outre nous cherchons vainement ce qui, dans la teneur de l'art. 2279, ré-

(1) Marcadé, art. 2279 et 2280, n° 1 ; — Demolombe, IX, n° 622 ; — Baudry-Lacantinerie, III, n° 1731.

(2) Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

vèle la présomption légale. Or, il est inadmissible que l'on puisse imaginer ainsi comme à plaisir des présomptions légales, à moins d'en voir sous chaque disposition de loi. En dernier lieu, si la possession engendre par elle-même, en faveur du possesseur d'une chose mobilière, une présomption de propriété, pourquoi exiger, pour que cette présomption prenne naissance, une possession de bonne foi? Il nous semble hors de doute en effet que la bonne foi est ici une condition absolument nécessaire, et, quelque ingénieuse que soit l'argumentation de MM. Aubry et Rau, par cela seul qu'ils enseignent que « l'action en revendication n'est pas admissible, même contre un possesseur de mauvaise foi (1) », ils reconnaissent qu'un pareil possesseur devient propriétaire de la chose mobilière qu'il détient. Cependant il est formellement démontré, au moins par deux textes (art. 549 et 1141), que le simple possesseur d'une chose mobilière ne peut prétendre à la propriété de cette chose que s'il est de bonne foi.

101. — Nous croyons, pour notre part, que sans avoir besoin de faire intervenir ici les présomptions légales, non plus que de recourir à l'idée de prescription instantanée, on peut très simplement expliquer l'art. 2279, à la condition d'en bien analyser le texte. Dans notre ancien droit régnait la plus grande incertitude sur la question de savoir quelle prescription était applicable aux biens meubles (2). Cependant et sans doute pour échapper à cette incertitude, la jurisprudence du Châtelet de Paris en était arrivée dans son dernier état à décider qu'en matière de meubles la possession valait titre de propriété. Elle entendait par là qu'il ne pouvait être question de prescription des choses mobilières; Bourjon, en résumant la jurisprudence du Châtelet, ne nous laisse aucun doute à cet égard: « La prescription, dit-il, n'est d'aucune considération, *elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles*, puisque, par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout

(1) II, § 183, texte et note 29, p. 116.

(2) Pothier, *Traité de la prescription*, nos 200 et s. — *Cout. d'Orléans*, tit. XIV, Introduction, n° 4.

l'effet d'un titre parfait (1). » Comment le législateur de 1804 allait-il à son tour résoudre la difficulté? Il avait à sa disposition le moyen radical déjà mis en usage par le Châtelet de Paris : il l'adopta, supprimant dorénavant toute prescription en matière mobilière. Qu'on lise les *travaux préparatoires* sur l'art. 2279, il est impossible d'être plus clair que l'*exposé des motifs* : « On a regardé le seul fait de la possession comme un titre ; on n'en a pas ordinairement d'autre pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'identité et de les suivre dans leur circulation de main en main. Ces motifs ont dû *faire maintenir* la règle générale suivant laquelle, en fait de meubles, la possession vaut titre. » (2) Ainsi, que veut dire l'art. 2279, al. 1? Ce qu'avant lui disaient déjà les juges du Châtelet de Paris : qu'en matière de meubles il n'y a pas de prescription acquisitive ; la simple possession (sous-entendu *de bonne foi*) fait acquérir au possesseur la propriété : elle vaut titre de propriété.

102. — Nous objectera-t-on qu'il est alors assez singulier de la part des rédacteurs du Code civil d'avoir placé cette exclusion de la prescription en matière mobilière justement au titre de la Prescription et dans une section intitulée *De quelques prescriptions particulières*? L'objection n'aurait de valeur qu'en apparence ; car cette place était au contraire, et naturellement, réclamée par la disposition du *second alinéa* de l'art. 2279. De quoi est-il question dans les art. 2271 à 2278 inclusivement, c'est-à-dire dans huit articles sur les onze dont se compose, sous la rubrique *De quelques prescriptions particulières*, la section IV du titre XX? Uniquement de prescriptions libératoires. Or, que trouvons-nous dans le 2^e alinéa de l'art. 2279? Encore une prescription libératoire. En effet ce texte dispose que celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose ne peut plus la revendiquer contre celui dans les mains duquel il la trouve, lorsqu'il s'est écoulé trois ans à compter du jour de la perte ou du vol.

(1) T. I, pp. 458 et s.

(2) *Exposé des motifs*, au *Cons. d'Etat*, séance du 17 ventôse an XII.

Qu'y a-t-il là, si ce n'est une prescription libératoire, particulière, elle aussi, puisqu'elle se réalise par un délai de trois ans, et qui dès lors avait sa place tout indiquée dans la section IV? — Au surplus, on comprend fort bien qu'il ne soit question dans le 2^e alinéa de l'art. 2279 que d'une prescription libératoire, étant donné le sens que nous avons reconnu à la règle du 1^{er} alinéa; et même nous ne craignons pas de dire qu'on ne s'expliquerait pas dans ce 2^e alinéa l'application d'une prescription acquisitive. — Lorsqu'un individu acquiert de bonne foi la possession d'un objet mobilier non perdu ou volé, la possession lui confère immédiatement la propriété : ici la possession est en quelque sorte un moyen d'acquérir la propriété. Voilà ce que signifie, avons-nous dit, la maxime *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un objet perdu ou volé, le législateur se montre moins facile à l'égard du possesseur de bonne foi. Il permet au tiers, victime de la perte ou du vol, de revendiquer pendant trois ans l'objet perdu ou volé. Mais cela veut-il dire que, au début, au moment où il a acquis la possession, le possesseur n'obtienne sur l'objet perdu ou volé aucun droit de propriété et que, pour devenir propriétaire, il lui faille acquérir par prescription le droit de propriété qui lui manque ? Pas le moins du monde. Seulement, dans l'intention bien équitable de ne pas protéger uniquement le possesseur de bonne foi de l'objet perdu ou volé, mais aussi la victime de la perte ou du vol, le législateur n'accorde tout d'abord à ce possesseur qu'un droit de propriété moins stable que celui qu'il lui aurait accordé si l'objet de ce droit n'avait pas été perdu ou volé : la propriété qu'il lui reconnaît, au lieu d'être pure et simple, comme dans le 1^{er} alinéa de l'art. 2279, est soumise à une condition suspensive, savoir : que le propriétaire de l'objet possédé n'intente pas dans les trois ans de la perte ou du vol son action en revendication. Ce délai écoulé, la condition est réalisée : la propriété, conditionnelle au début, du possesseur se transforme, conformément aux principes généraux, en propriété pure et

simple, tandis que, d'autre part, le propriétaire de l'objet perdu ou volé, qui, dès le moment où le possesseur de bonne foi a acquis la possession, n'était plus qu'un propriétaire sous condition résolutoire, se voit, par l'effet de la réalisation de la même condition, privé de tout droit de propriété. L'acquisition de la propriété au bout de trois ans de la perte ou du vol n'est donc nullement due pour le possesseur de bonne foi à l'accomplissement d'une prescription acquisitive, mais simplement au mécanisme d'une condition dont la réalisation dépend de la prescription d'une action en revendication, et qui transforme en propriété pure et stable un droit de propriété simplement conditionnel au début.

Ne serait-elle pas d'ailleurs bien singulière cette prescription acquisitive qui, en tant que prescription acquisitive, n'aurait pour ainsi dire pas de délai, tout au moins n'aurait pas de délai fixe ? Car le point de départ des trois ans n'est pas, il faut bien le remarquer, le jour où le possesseur s'est mis en possession, mais bien le jour de la perte ou du vol ; de sorte que, s'il s'agissait de prescription acquisitive, le possesseur se serait-il mis en possession deux ans et six mois après la perte ou le vol, alors même que son auteur serait de mauvaise foi, il n'en acquerrait pas moins la propriété au bout d'un délai de six mois ; tandis que s'il était devenu possesseur le jour même de la perte ou du vol, il lui faudrait trois ans pleins pour pouvoir se dire propriétaire. Il y aurait là quelque chose de bizarre et de mal équilibré, et qui ne se retrouve pas dans les autres prescriptions acquisitives. Au contraire la bizarrerie disparaît et l'équilibre se rétablit lorsqu'on restitue à la prescription de l'art. 2279, al. 2, son véritable caractère de prescription libératoire. Alors en effet nous sommes en présence d'un délai uniforme de trois ans, puisque le délai ne doit être considéré que par rapport à celui contre lequel l'action se prescrit : celui-là sait ce qui l'attend ; s'il ne remet pas la main sur l'objet perdu ou volé avant l'expiration des trois ans à compter du jour de la perte

ou du vol, il est averti qu'il a bien des chances de se voir déchu de ses droits.

103. — Pour nous résumer nous dirons que, si on ne doit pas voir dans l'art. 2279, al. 1, une présomption légale, on ne peut non plus expliquer ce texte par une prescription acquiescitive. L'art. 2279 ne fait qu'établir un mode particulier d'acquisition de la propriété des meubles, formulant ainsi une idée implicitement contenue dans des articles antérieurs. (Art. 2279 cbn., avec art. 549 et 1141.) — Cette propriété, pure et simple dans l'hypothèse prévue par le 1^{er} alinéa de l'art. 2279, commence par être seulement conditionnelle dans le 2^e alinéa du même article, pour devenir elle-même pure et simple lorsque la cause qui l'empêche d'avoir ce caractère dès l'origine, savoir l'action éventuelle en revendication, se trouvera prescrite par l'expiration du délai de trois ans.

SECTION V

Présomptions relatives aux moyens de preuve.

104. — Au début de notre étude nous avons observé que les différents moyens de preuve, même ceux qui ne sont pas qualifiés de *présomptions*, pourraient cependant, si on donnait à ce terme un sens très étendu, bien que rationnel encore, être considérés eux aussi comme des présomptions. En parlant ainsi nous avons surtout en vue le fondement des moyens de preuve, la pensée qui avait dirigé le législateur dans l'établissement et la réglementation des divers éléments de conviction admissibles en justice, sous le rapport de leur force probante qui, plus ou moins grande, laisse toujours, il faut bien le reconnaître, quelque chose à désirer, quelque doute dans l'esprit. Nous avons déjà parlé de l'aveu et du serment comme ayant été mal à propos, par la loi même, qualifiés de présomptions. (Art. 1349 et 1350.) La même erreur de langage n'a pas été commise pour les autres moyens de preuve que nous n'avons d'ailleurs pas à étudier, même pour faire ressortir qu'ils aboutissent, bien plus encore que l'aveu et le

serment, à de simples probabilités. Mais nous devons nous arrêter à deux points particuliers de la preuve par écrits sous seing privé, pour nous demander si des présomptions légales, dans le sens de la définition, ne s'y trouvent pas enfermées.

103. — 1^o Dans l'art. 1325, au cas d'omission de la formalité du double écrit exigée pour tout acte sous seing privé constatant une convention synallagmatique, du moins en matière civile proprement dite (en matière commerciale, on est généralement d'accord pour dispenser de cette formalité pareil écrit, lorsque, à défaut d'écrit, la preuve testimoniale serait admissible), un système, présenté et soutenu par M. Demolombe (1), a cru découvrir une présomption légale sur le fondement de laquelle serait annulée la convention elle-même, et à laquelle s'appliquerait l'art. 1352. D'après cette présomption, les parties qui se sont entendues pour constater une convention synallagmatique au moyen d'un acte sous seing privé seraient réputées avoir voulu subordonner la conclusion de leur convention à la régularité de l'acte qu'elles se proposaient d'en dresser et à la condition qu'il fournirait ainsi à chacune d'elles un égal moyen d'établir ses droits. La preuve contraire, implicitement réservée, ne pourrait résulter que de l'exécution de la convention par l'une des parties, exécution acceptée par l'autre. (Art. 1325.) Nous ne pouvons nous ranger, sur ce point, à l'opinion du savant professeur. Dans l'art. 1325, il n'est littéralement question que de l'écrit comme n'étant pas valable au cas d'omission des formalités exigées, nullement de la convention elle-même; et la convention n'y est pas envisagée comme faisant corps avec l'écrit, puisque cette convention peut être confirmée par l'exécution de la part de l'une des parties. Nous admettrions même que si l'acte vicié par l'inobservation de la formalité du double écrit n'est pas valable, c'est uniquement en tant que considéré comme moyen de preuve complet, mais que d'ailleurs il peut très bien constituer, à l'appréciation du juge, un commencement

(1) XXIX, 425 à 433.

de preuve par écrit, si l'importance de la convention ne permet pas d'admettre le seul témoignage.

Nous ne voyons pas non plus dans l'art. 1323, comme le font plusieurs auteurs, cette autre présomption légale que, en omettant de se soumettre à la formalité du double écrit, les contractants ont entendu que leur convention restât à l'état de simple projet. Un projet ne se manifeste pas par la signature d'un écrit que l'on conserve au lieu de le détruire; un projet ne se confirme pas, même par une exécution.

Ce que nous reconnaissons dans l'art. 1323, au cas d'omission des formalités qu'il impose, c'est uniquement la sanction équitable et logique d'une disposition de la loi qui, en présence d'une convention d'où résultent des obligations réciproques, et d'un écrit sous signature privée qui doit les constater, veut que cet écrit satisfasse, à l'égard de chaque contractant, à certaines formalités précautionnelles et d'égalité dans la preuve, comme elle veut qu'un écrit, pour être authentique, remplisse certaines autres conditions impérieusement déterminées. (Art. 1318.) Seulement notre législateur de 1804 n'est pas allé, et cela avec raison, aussi loin que la jurisprudence du Parlement de Paris. Celle-ci, en frappant de nullité la convention et non pas simplement l'acte qui en relatait l'existence, n'en admettait même pas la confirmation par l'exécution. Or il suffisait, pour atteindre le but de protection que l'on s'était proposé, et comme l'a fait notre Code civil, de soumettre la validité de l'écrit et sa force probante ordinaire ou complète à la formalité des doubles, sans porter atteinte à l'efficacité de la convention (1).

106. — 2° Au contraire il y a bien une présomption légale, mais-*juris tantum*, dans le cas d'un billet constatant une obligation dont l'objet est une quantité, alors que la quantité portée au corps du billet et celle du *bon* ou *approuvé* différent de taux : très justement dans cette hypothèse la loi opte pour

(1) Travaux prépar. : *Exposé des motifs au Cons. d'Etat*, par Bigot-Préaumeu, séance du 7 pluv. an XII; Rapport au Tribunal, par le tribun Jaubert, séance du 14 pluv. an XII.

la quantité moindre. (Art. 1327.) La présomption est donc défavorable au créancier, et par là même se rapproche de l'esprit du principe que *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*. (Art. 1315.) Dans l'espèce le porteur du billet ne prouve par écrit l'existence de l'obligation que jusqu'à concurrence du chiffre moindre : au delà, c'est le doute et la même règle que s'il s'agissait d'une obligation purement verbale.

107. — 3° Dans le cas prévu par l'art. 1343, lorsque le demandeur, qui a commencé par former une demande excédant cent cinquante francs, la restreint ensuite à ce chiffre ou au-dessous, pour se ménager le bénéfice de la preuve testimoniale, nous admettrions encore que, si ce bénéfice lui est refusé, c'est sur le fondement de la présomption légale qu'il s'agit réellement d'une convention dont le véritable objet dépassait cent cinquante francs, et qui par suite aurait dû faire l'objet d'un acte écrit (1). Mais, comme cette présomption ne résulte que de l'aveu du demandeur dans ses conclusions primitives, et qu'un aveu peut être rétracté pour erreur de fait (art. 1356), la preuve de cette erreur ferait disparaître la présomption, et le demandeur devrait en conséquence être admis à la preuve testimoniale de ses nouvelles conclusions. Un seul auteur, Toullier (2), a soutenu l'opinion contraire en invoquant l'art. 1352 et en prétendant que l'hypothèse de l'art. 1343 est une de celles où la loi *dénie l'action en justice*. Mais c'est là confondre trop évidemment la dénégation d'un certain genre de preuve avec la dénégation de l'action même.

SECTION VI

Présomptions en matières de commerce.

108. — Sans être aussi fréquentes que dans notre droit civil, les présomptions légales trouvent également dans notre

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 789.

(2) IX, 43.

droit commercial un certain nombre d'applications. Et cependant, s'il est possible de soutenir avec quelque apparence de raison que les mêmes motifs (*suprà*, n° 42) imposaient leur emploi dans ces deux branches de la législation, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer aussi que nulle partie de notre droit n'était mieux faite pour permettre l'exclusion des présomptions légales du nombre des moyens de preuve. En effet, les matières commerciales ne mettent presque toujours en jeu que des intérêts pécuniaires et cette catégorie d'intérêts semblerait devoir être entièrement abandonnée, au cas de contestations litigieuses, aux seules lumières et à la prudence des juges. En outre les règles relatives à l'administration de la preuve sont beaucoup moins restrictives en droit commercial qu'en droit civil (C. comm., art. 109) et cette liberté facilite d'autant la recherche de la vérité. Enfin les juges consulaires sont ordinairement les pairs honorés des plaideurs; pourquoi ne pas leur laisser toute latitude dans le choix de leurs motifs de détermination, étant donné surtout qu'ils ont la ressource de leurs propres présomptions, puisées dans les circonstances de chaque cause, et que ces présomptions inspireront toujours, grâce au caractère même de ceux dont elles émanent, moins de défiance que les présomptions du législateur, qui, elles, établies à l'avance et sans argument de fait, ne se défendent que par des considérations souvent trop générales. Quoi qu'il en soit, cette idée de liberté absolue en matière de preuve ne l'a pas pas emporté aux yeux des rédacteurs du Code de commerce (1); de telle sorte que, en plus des présomptions ci-

(1) Elle a cependant exercé sur les interprètes une influence suffisante pour que la jurisprudence ait admis que, à la différence de ce qui a lieu en matière civile, il était dans l'esprit de la législation commerciale d'autoriser, même contre les présomptions légales exclusives de la preuve contraire, les moyens de preuve reconnus par le droit commun et notamment ceux auxquels l'art. 12 C. comm. permet de recourir en toute matière, quelle qu'en soit l'importance ou la cause, pourvu qu'il ne s'agisse pas de présomptions péremptoires et d'ordre public, comme le seraient, par ex., la prescription et l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation a fait à l'espèce prévue par l'art. 1282 C. c. une application très importante de cette dérogation en décidant que la remise volontaire d'un billet à ordre, même acquitté, ne fait présumer la libération du débiteur que jusqu'à preuve contraire, laquelle peut être faite par témoins.

viles proprement dites, qui peuvent se trouver applicables également aux contestations commerciales, nous rencontrons un assez grand nombre d'autres présomptions légales, spéciales au commerce. Nous ne pouvons d'ailleurs en signaler ici que quelques-unes, que nous relevons dans les matières suivantes.

§ I. — *Actes de commerce.*

109. — 1^o D'après l'art. 7 du Code de commerce, les femmes mariées, marchandes publiques, peuvent, sans autorisation spéciale, hypothéquer ou aliéner ceux de leurs immeubles qui ne sont pas dotaux. Il est évident que cette disposition est subordonnée à celle de l'art. 5, en d'autres termes que les femmes, marchandes publiques, n'ont le droit d'engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles non dotaux que pour leurs affaires de commerce. Mais la présomption légale, quand la femme a passé l'un ou l'autre de ces actes, est-elle qu'elle l'a effectivement fait pour son commerce, de manière que ce serait à celui qui attaque l'acte, soit le mari, soit la femme elle-même ou ses héritiers, de prouver le contraire, ou bien la présomption est-elle inverse et l'acte doit-il être considéré, jusqu'à preuve contraire, comme fait en dehors des besoins du commerce, et à titre purement civil, ce qui aurait pour conséquence d'imposer au créancier antichrésiste ou hypothécaire, ou à l'acquéreur, la preuve de la commercialité de l'acte? — La question est controversée ; mais nous préférons la première solution, soit en tirant argument des art. 632, al. 7, et 638, al. 2, soit surtout en nous appuyant sur l'équité et sur l'intérêt du commerce. En tout cas, que la présomption soit d'un côté ou de l'autre, elle peut certainement être combattue par toute preuve contraire, conformément au principe général. (Art. 1352 C. c.)

2^o Nous appliquerions la même règle aux mineurs commerçants, qui, sans pouvoir aliéner par eux-mêmes leurs immeubles, peuvent les engager et les hypothéquer. (Art. 6

ou résulter de l'examen des livres des parties ou même de simples présomptions. (Rej., 18 août 1852.)

C. c.) — Ajoutons que pour les billets (ou engagements) souscrits par ces mineurs sans mention de la cause, nous croyons aussi devoir prendre à la lettre l'art. 638, al. 2, c'est-à-dire que, pour les mineurs comme pour les majeurs, nous admettrions la présomption, sauf preuve contraire, que les billets ont une cause commerciale. On peut sans doute objecter que dans l'art. 638, d'après sa place, il s'agit uniquement d'une simple question de compétence, et non d'une question de capacité ; mais si cet article, ainsi que plusieurs autres, se trouve placé au titre : *De la compétence des tribunaux de commerce*, ce n'est pas pour enlever à l'acte en question le caractère d'acte présumé commercial, pas plus qu'à d'autres actes du même titre le caractère nécessaire d'actes de commerce. Il faut se borner à constater là un défaut d'ordre dans le classement, en ce sens que l'énumération des actes de commerce, et de ceux présumés tels, aurait eu sa vraie place tout au commencement du Code de commerce plutôt qu'à la fin (1).

110. — D'une manière générale, en dehors des cas particuliers qui viennent d'être exposés, quelle que soit la forme ou la nature de l'engagement d'un commerçant, du moment qu'il ne s'agit plus que d'opter, par voie de présomption, entre le caractère civil et le caractère commercial de cet engagement, la présomption qui semble le plus conforme à l'esprit de la loi, et par suite implicitement établie en vue de la protection des intérêts du commerce, c'est que l'acte est commercial, sauf la preuve contraire tirée de toutes les circonstances de la cause dans l'espèce à examiner. La jurisprudence, après de fréquentes variations, paraît aujourd'hui fixée en ce sens, à l'exemple de la doctrine (2).

Relativement à la preuve contraire, observons incidemment que, cette preuve étant de droit en fait de présomption *juris tantum*, elle devrait être admise même dans l'hypothèse où

(1) En ce sens : Demangeat, sur Bravard, I, p. 81 ; — Lyon-Caen et Renault n° 171 ; — Laurin, II, n° 902. — Cassat., 23 mars 1887. — *Contrà* : Bravard, I, pp. 80 et 81 ; — Boistel, p. 63.

(2) V., à cet égard, Lyon-Caen et Renault, n° 118.

l'engagement aurait pris la forme d'un effet transmissible commercialement, et comme tel se trouverait aux mains d'un tiers de bonne foi. Pourtant, la question est discutée (1). Mais la solution que nous adoptons présente l'avantage de s'appuyer sur les principes généraux admis en matière de présomptions, et de plus elle ne nous paraît entraîner en pratique aucun danger, grâce au pouvoir laissé au juge pour l'appréciation de la preuve contraire.

111. — Il est au surplus bien évident qu'en parlant de présomptions et de preuve contraire, en fait d'actes de commerce, nous mettons à part ceux que la loi elle-même a considérés et énumérés comme étant commerciaux de leur nature, indépendamment du caractère de leurs auteurs. (Art. 632 et 633 C. comm.) Ceux-là sont commerciaux avec tout autant de stabilité que, par exemple, dans le classement des biens, en matière civile, les uns sont déclarés meubles, les autres, immeubles, puis immeubles ou meubles de telle ou telle classe. Pour ces actes la proposition *la loi répute actes de commerce...* ne signifie donc que ceci : la loi admet et impose, comme actes de commerce..., sans qu'il soit question ni de présomptions proprement dites considérées comme moyens de preuve, ni par conséquent de preuve contraire.

§ II. — *Contrat de transport.*

112. — Aux termes de l'art. 105, modifié par la loi du 11 avril 1888, *la réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre les voituriers pour avarie ou perte partielle, si dans les deux jours francs, non compris les jours fériés qui suivent cette réception et ce paiement, le destinataire n'a pas notifié au voiturier par acte extra-judiciaire ou par lettre recommandée sa protestation motivée.* Cette disposition se fonde évidemment sur la présomption légale, toute naturelle d'ailleurs et très équitable, que le réceptionnaire, satisfait de la livraison,

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 119.

n'a aucune réclamation, aucun reproche à faire valoir. Aussi sommes-nous ici en présence d'une de ces présomptions légales énergiques, *juris et jure*, qui repoussent la preuve contraire, à moins d'une réserve expresse, qui, dans l'espèce, fait défaut. Néanmoins il ne faut pas exagérer l'application de cette présomption. Si le destinataire ne reçoit et ne paie que sous certaines réserves qu'il constate, soit par écrit et d'accord avec le voiturier, lorsque celui-ci y consent, soit, lorsque le voiturier se refuse à la constatation, par tous autres moyens, il se ménage ainsi un recours à la preuve contraire; car, par le fait même des réserves, l'acceptation de la livraison a changé de caractère (1). En outre, l'art. 105 ne paraît pas applicable au cas où le paiement, au lieu d'être concomitant à la réception, aurait été effectué au départ, dans l'hypothèse en un mot où le transport aurait lieu *franco*. Enfin il est bien difficile d'admettre qu'un texte de loi qui date du 1^{er} janvier 1808, quoique maintenu sans modification par la loi du 23 mai 1863, soit applicable aujourd'hui et sans distinction aux transports par voies ferrées, même à l'action en *détaxe*, comme le veut la jurisprudence, malgré la presque impossibilité d'une vérification immédiate. (Rappr. les art. 435 et 436, relatifs aux transports par voies maritimes.)

§ III. — *Lettre de change.*

113. — 1^o D'après le 1^{er} alinéa de l'art. 117, *l'acceptation* (d'une lettre de change) *suppose la provision*. Il y a donc là une présomption légale, qui doit avoir les deux conséquences ordinaires des présomptions de cette nature : dispenser de toute preuve celui au profit de qui elles existent, et permettre en principe la preuve contraire pour l'adversaire. Mais, dans notre espèce, c'est uniquement au point de vue des rapports du tireur et du tiré de la lettre de change que l'acceptation suppose la provision, au profit du premier contre le second. Il

(1) Rappr. : art. 435 C. comm.

est bien à croire en effet que, si le tiré n'avait pas eu la provision, il n'eût pas donné son acceptation, l'habitude n'étant pas en affaires de s'obliger par esprit de générosité ou pour rendre service. Ce sera donc, en cas de contestation entre le tireur et le tiré accepteur, à celui-ci de prouver le défaut de provision, à l'inverse de ce qui aurait lieu s'il n'y avait pas acceptation.

Au contraire, dans les rapports du tireur et du porteur, l'acceptation du tiré, quoiqu'elle l'ait, comme un contrat ordinaire, constitué débiteur personnel du porteur (art. 121 C. comm.), ne saurait modifier, aggraver la situation de celui-ci à l'égard du tireur pour la question de provision, à laquelle il reste absolument étranger, après comme avant l'acceptation. Aussi est-il dit dans l'art. 117, al. 3, que, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation par le tiré, qu'il y avait réellement provision à l'échéance ; et cela, est-il ajouté (quoique peut-être avec quelque sévérité pour le tireur et un peu trop favorablement pour le porteur négligent) : *bien que le protêt ait été fait après les délais fixés.*

114. — 2° Les art. 137 et 138 font une distinction très importante entre l'endossement-transfert et l'endossement-procuration, qui résultent, le premier de l'observation parfaite, le second de l'accomplissement incomplet de toutes les formalités auxquelles la loi soumet l'endossement. Cependant, on est généralement d'accord en doctrine et en jurisprudence pour ne voir à la base de cette distinction qu'une présomption légale implicite, en ce sens que, malgré la rédaction absolue du texte (art. 138), l'endossement-procuration, dit communément endossement *irrégulier*, fût-il aussi incomplet que possible, fût-il *en blanc*, pourrait néanmoins, conformément à la volonté des contractants (art. 1134 et 1135 C. civ.), être translatif de propriété, tandis que, par réciproque, l'endossement, dit *régulier*, pourrait ne valoir que procuration. Le porteur devrait donc être simplement *présumé* acquéreur ou mandataire, selon que l'endos est

complet ou incomplet, avec réserve de la preuve contraire. — Mais cette preuve contraire, admissible sans aucun doute entre les personnes ayant participé à l'endossement de l'effet, c'est-à-dire entre le cédant et le cessionnaire, peut-elle également être administrée *erga omnes*, soit pour l'endossement régulier, soit pour l'endos irrégulier ? La question est très controversée, et nous ne pouvons ici entrer dans les détails de la discussion (1). Nous nous permettrons seulement d'observer que, du moment que l'on ne voit qu'une présomption légale dans la forme de l'endossement, il serait rationnel d'admettre dans tous les cas la preuve contraire, puisque cette présomption ne rentre pas dans la catégorie de celles sur le fondement desquelles la loi annule l'acte ou dénie l'action.

§ IV. — *Faillite.*

115. — La matière de la faillite a donné lieu à plusieurs présomptions légales, fondées sur la crainte de fraudes domageables à la masse des créanciers, que les règles sur la faillite ont pour but de protéger. Voici quelques-unes de ces présomptions, que nous ne pouvons toujours que mentionner ou analyser brièvement, sans nous attarder aux difficultés soulevées par les textes, et à leur explication :

1° Sont frappés de nullité absolue, par la loi même et par présomption de fraude, mais au regard seulement de la masse des créanciers : — *a.* tous actes par lesquels le failli a diminué à titre gratuit son actif ; — *b.* tous actes par lesquels le failli aura éteint des dettes, quel que soit le mode d'extinction employé, s'il s'agit de dettes non échues, et, dans le cas de dettes échues, lorsque le mode employé n'est pas un des modes ordinaires du commerce ; — *c.* tous actes par lesquels le failli aura conféré des droits réels en garantie de dettes nées antérieurement. (Art. 446 C. comm.) Et

(1) Cette controverse est parfaitement exposée, avec l'état de la jurisprudence, dans l'excellent traité de nos savants maîtres, MM. Lyon-Caen et Renault (n° 1099 et s.).

telle est la défaveur attachée par la loi à ces différents actes que, en fait d'hypothèques, l'hypothèque judiciaire n'est pas plus épargnée que l'hypothèque conventionnelle, les hypothèques légales échappant seules à la prohibition, et que la nullité atteint même les actes accomplis dans les dix jours qui ont précédé celui de la cessation des paiements, déterminé par le tribunal. C'est donc une des plus rigoureuses applications de l'art. 1352 du Code civil.

2° Quant aux actes à titre onéreux autres que les précédents, y compris les paiements de dettes échues effectués par les modes ordinaires, ils ne sont qu'annulables, à l'appréciation du juge; encore faut-il qu'ils aient été faits dans l'intervalle entre le jour fixé de la cessation des paiements et celui du jugement déclaratif de la faillite, sans remonter à une période précédente de dix jours; comme il faut aussi que les tiers qui ont traité avec le failli aient eu à ce moment connaissance de la cessation des paiements. (Art. 447.) Il y a là une combinaison des art. 1167 et 1352 C. civ., avec, comme point surtout important à retenir, une libre appréciation laissée au juge pour, même les faits une fois prouvés, annuler ou maintenir, suivant le plus grand intérêt de la masse des créanciers de la faillite. D'ailleurs, il est à peine besoin d'observer que, bien que ce soit le juge qui annule, à son appréciation, on ne s'en trouve pas moins en présence *d'actes que la loi déclare nuls comme faits en fraude...* (art. 1350-1°), *ou de présomptions sur le fondement desquelles...*, etc. (art. 1352); car le juge, en prononçant la nullité, n'est plus, dans ces diverses hypothèses, qu'un délégué du législateur. Mais, par cela même qu'un débat a lieu devant lui, la preuve contraire s'y trouve implicitement réservée; seulement cette preuve contraire ne saurait porter sur la bonne foi ou l'absence de fraude, du moment que la connaissance de la cessation des paiements est établie; elle ne doit avoir pour objet que le résultat et la question de savoir s'il y a eu ou non dommage causé à la masse des créanciers.

3° C'est également sous l'influence d'une présomption

de fraude, avec le même correctif d'un libre examen laissé au juge, que la loi frappe de nullité les inscriptions prises après un délai fixé, augmenté suivant les distances, dans la période entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif, et même dans les dix jours qui précèdent, quoi qu'il s'agisse d'hypothèques et de privilèges valablement acquis. (Art. 448.) Ici nous pouvons relever une heureuse modération apportée à la sévérité trop absolue et par suite peu justifiable de l'art. 2146 C. civ.

Pour les paiements des lettres de change et des billets à ordre, paiements qui peuvent être valablement faits au porteur jusqu'au jugement déclaratif de la faillite, la loi les frappe de nullité relativement au bénéficiaire ou tireur qui, au moyen de ces effets de commerce, s'est payé lui-même à l'avance d'une valeur à laquelle autrement il n'aurait eu droit qu'en produisant à la masse : il est donc soumis au rapport, mais toutefois pourvu qu'il soit prouvé que l'émission de l'effet a eu lieu après la cessation des paiements et en connaissance de cet état de choses. (Art. 449.)

116. — 4° S'il est en matière de faillite une hypothèse où l'on ait sujet de redouter des fraudes dommageables à la masse des créanciers, c'est celle où la femme du failli élève, comme créancière ou propriétaire, des réclamations sur l'actif, réclamations que son hypothèque légale rend plus dangereuses encore. Aussi la loi pose-t-elle, en principe, des présomptions défavorables à la femme soit en ce qui concerne sa qualité d'ayant droit, soit, pour l'assiette de son hypothèque, en ne lui réservant même quelquefois que certaines preuves contraires étroitement limitées, savoir, celles qui résultent d'actes authentiques, au lieu de lui permettre l'usage de tous les moyens de preuve. (Art. 557-563.) — Enfin la loi va, en principe également, jusqu'à frapper de nullité les avantages faits à la femme par le mari dans leur contrat de mariage; cependant, si les créanciers de la faillite se prévalent de cette nullité, ils renoncent par là même, et par com-

pensation, à prétendre au maintien des avantages consentis par la femme au mari. (Art. 564.)

§ V. — *Droit maritime.*

117. — Il est une matière autre que celle des faillites qui se prête également aux fraudes, c'est la matière des assurances. La loi n'ayant pas encore réglementé les assurances terrestres, nous ne pouvons trouver de présomptions légales particulières que dans les assurances maritimes, assez longuement réglementées. (Art. 332-396 C. comm.) Dans les autres la fraude et ses conséquences sont régies par les conventions des parties, et, en leur absence, par le droit commun.

118. — En matière d'assurances maritimes nous nous bornerons à signaler ici la présomption posée en l'art. 365, que développe l'art. 366, pour le cas de perte des objets assurés, ou bien au contraire de leur heureuse arrivée, avant la signature du contrat d'assurances. Dans ce cas, il y a, soit contre l'assuré, soit contre l'assureur, présomption qu'il connaissait, en signant le contrat, l'événement qui lui procure un bénéfice ou le couvre d'un dommage, s'il s'est écoulé un certain temps, calculé par heure et par distance, suffisant pour l'arrivée de la nouvelle (présomption dite, aujourd'hui encore, de la lieue et demie par heure). Cette présomption n'admet d'ailleurs aucune preuve contraire et, non seulement la loi n'en réserve pas, mais encore, à défaut de sa présomption et dans le même sens, c'est-à-dire pour établir la fraude, elle permet l'emploi de tous autres moyens de preuve, même par conséquent des présomptions abandonnées à l'appréciation du juge. (Art. 1353 C. civ.)

Cependant, malgré la gravité de la présomption légale précitée, sur le fondement de laquelle est établie la nullité du contrat, il est permis aux contractants, sans doute dans l'intérêt si considérable du commerce maritime, de s'affranchir de cette présomption par une clause spéciale, par exemple celle que le contrat est passé *sur bonnes ou mauvaises nouvelles* ;

on retombe dès lors, à l'égard de la poursuite de la fraude, dans le droit commun. (Art. 367 C. comm.)

119. — Mentionnons encore dans le droit maritime deux autres présomptions légales, moins graves que la précédente en ce que toutes deux admettent la preuve contraire :

a. — Les gens de mer, faisant partie d'un équipage, peuvent être congédiés ; mais dans ce cas ils ont droit à une indemnité, s'il n'y a pas eu de faute par eux commise. Or, la présomption légale est-elle qu'en effet il n'y a pas eu faute, de manière que ce soit au capitaine (ou armateur), qui a donné le congé, à faire la preuve contraire ; ou bien est-ce au congédié lui-même à démontrer l'absence de faute de sa part, la présomption de la loi lui étant défavorable ? La première solution paraîtrait avoir pour elle l'équité ; au reste elle a été soutenue par certains auteurs. Mais l'art. 270 C. comm., entendu dans son sens le plus naturel et le plus grammatical, semble bien commander la seconde interprétation, la plus conforme d'ailleurs aux principes du droit en matière d'exécution d'obligations contractuelles (1).

b. — Pour le capitaine, en cas de contravention aux art. 224 à 227, qui lui imposent certaines obligations garantissant la régulière administration et la bonne conduite du navire, il est, d'après l'art. 228, déclaré responsable de *tous les événements envers les intéressés au navire et au chargement*. Cette règle s'explique par une présomption de faute commise par le capitaine dans l'événement même. Mais, malgré le silence du texte, et conformément au principe de l'art. 1352 C. c., cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Le capitaine sera donc admis à établir que l'accident est dû à un cas fortuit ou de force majeure.

(1) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, n° 1755.

CONCLUSION

CRITIQUE LÉGISLATIVE DES PRÉSUMPTIONS LÉGALES

120. — De l'exposé des règles, générales et particulières, que nous venons de terminer il résulte que toute présomption, « attachée, » suivant les termes de l'art. 1350, « par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits, » est elle-même une loi : loi dont, en de nombreuses circonstances, rien ne peut suspendre l'application, dès que certaines conditions déterminées *a priori* se trouvent vérifiées. Mais tandis que les lois ordinaires prévoient et réglementent un ou plusieurs faits *certain*s, constitués par un ensemble de conditions également déterminées à l'avance, la loi spéciale, dite présomption légale, a pour caractère particulier de ne régir que des faits incertains, non prouvés, des conséquences inconnues, déclarées néanmoins constantes par le législateur à la suite d'observations préalables. Ainsi des médecins, des ministres du culte, après avoir prodigué aux malades ou aux mourants qu'ils soignaient ou assistaient dans leur dernière maladie les secours de l'art ou les consolations de la religion, ont accepté de leurs clients, en témoignage de reconnaissance, quelque fastueuse libéralité. La loi croit qu'il est de son devoir d'éviter aux médecins et aux ministres du culte le retour de semblables faiblesses : elle édicte un article 909. Puis, comme il s'est trouvé maintes fois que, pour échapper soit à une disposition prohibitive analogue, soit au soupçon de captation, on ait eu recours à des interpositions de tiers, la loi déclare qu'elle considérera dorénavant comme interposées certaines personnes rendues suspectes par les liens de parenté ou d'alliance qui les unissent à l'incapable, et qu'elle frappera de nullité la donation faite en leur faveur, sans que

les héritiers du donateur aient besoin d'administrer aucune autre preuve : la réalité de l'interposition est cependant inconnue. Autre exemple : — la circonstance qu'un enfant est conçu pendant le mariage ne peut être regardée à elle seule comme une preuve décisive de la paternité du mari. Mais comme il est démontré que, surtout dans les sociétés modernes, l'asservissement aux devoirs chez les femmes est la règle, et leur oubli une exception à peine concevable, le mariage avec la mère de l'enfant prouve suffisamment la paternité pour que le législateur la proclame certaine; pourtant, il ne serait peut-être pas impossible de trouver quelques hypothèses, excessivement rares il est vrai, où cette paternité appartiendrait encore au domaine de l'inconnu. — Or, étant donné qu'il s'agit là de faits sociaux, c'est-à-dire de cet ordre de phénomènes à l'égard desquels les rapports de cause à effet sont le plus difficiles à saisir, il doit être permis à la critique de rechercher si le parti suivi par le législateur en matière de présomptions est irréprochable, tant au point de vue du raisonnement dont il procède qu'à celui des décisions auxquelles il aboutit.

121. — Occupons-nous d'abord du raisonnement.

Lorsqu'on veut établir un principe général, deux voies sont ouvertes : celle de l'induction, et celle, moins parfaite, de la simple expérimentation. Retrouvons-nous l'un ou l'autre de ces deux moyens à la base des présomptions légales ? En ce qui concerne l'induction la réponse ne peut être douteuse.

L'induction, cette généralisation de l'expérience, qui consiste à inférer de quelques cas particuliers où un phénomène est observé qu'il se rencontrera dans tous les cas d'une certaine classe, c'est-à-dire à conclure du connu à l'inconnu, suppose, comme fondement nécessaire, l'uniformité du cours de la nature dans la classe des phénomènes observés. Ainsi, pour donner à cette proposition une forme plus précise et plus claire, si de ce que Pierre, Paul, Jacques, etc..., sont mortels, nous concluons que tout homme est mortel,

c'est qu'une supposition différente serait inconciliable avec l'uniformité connue du cours de la nature, sinon nous n'aurions pas de base suffisante pour le développement de notre induction. Donc, d'une part, observation des faits connus, d'autre part expérimentation dans le but de rechercher si une expérience de nature tout opposée ne surviendra pas pour contredire le résultat obtenu par l'observation des faits connus, et enfin, si cette expérience contraire ne se présente pas, généralisation du connu à l'inconnu, voilà ce qu'est l'induction. Est-il possible de l'appliquer en matière de présomptions légales? L'évidence se charge de répondre à notre place et de répondre négativement, puisque personne ne songerait à soutenir l'uniformité du monde moral dans l'ordre de phénomènes auquel se rapportent les faits soumis aux présomptions.

122. — L'induction écartée, essayons de nous en tenir à l'expérience pure et simple, procédé que les vieux logiciens dénommaient fort exactement *inductio per enumerationem simplicem, ubi non reperitur instantia contradictoria*, et qui consiste en effet à donner le caractère de vérités générales à toutes les propositions reconnues vraies dans les cas observés, mais sans que l'on se soit astreint, comme dans l'induction proprement dite, à rechercher s'il ne pourrait pas se produire un exemple contraire. Elle se borne donc à prendre les faits tels qu'ils se présentent et à présumer que ce qui s'est trouvé vrai une ou plusieurs fois sera trouvé vrai, sinon toujours, du moins plusieurs autres fois à venir. Ce mode d'inférence, d'un usage très étendu dans les sciences morales et politiques, peut conduire en certaines hypothèses à d'excellents résultats et équivaloir pratiquement à l'induction la plus rigoureuse. En est-il de même lorsqu'ils s'agit de présomptions, et la foi qui leur est due va-t-elle être suffisamment confirmée par l'expérience pour devenir une loi? Ici encore nous sommes forcés de répondre non. Car si l'induction par simple énumération est propre à constituer un instrument de recherche d'une valeur indéniable, au moins pour qu'elle se recom-

mande comme telle à nos yeux, faut-il qu'elle soit confirmée par une expérience ultérieure, à l'instar de tout mode de conclure basé sur l'expérience. Cependant, observons à l'aide de ce procédé différents cas susceptibles d'être régis par une présomption légale, et supposons même qu'ils confirment tous la décision du législateur. Notons en premier lieu que nous ne pourrions jamais embrasser qu'un nombre très restreint de phénomènes, et c'est une raison capitale de méfiance, étant reconnu que la méthode de simple énumération devient d'autant plus insuffisante que le sujet d'observation, d'où l'on part pour généraliser, est lui-même plus spécial et plus limité. Mais en outre comment pouvons-nous espérer que la généralisation tentée sera justifiée par une expérimentation postérieure concluante, puisque, dans nombre d'hypothèses, la loi elle-même, en prohibant la preuve contraire, s'oppose à ce que cette expérimentation soit réalisée (1)?

Et si, abandonnant l'espoir d'arriver à une généralisation complète, nous croyons pouvoir obtenir une généralisation approximative, aurons-nous plus de chances de succès? Lorsque par impossible nous serons parvenus à établir des tables de statistique constatant que, sur un certain nombre d'espèces, celles où la présomption de la loi s'est trouvée parfaitement justifiée sont dans une proportion égale, par exemple, à six sur dix, serons-nous fondés à conclure qu'une nouvelle espèce se produisant dans les mêmes circonstances que les premières, ou dans des circonstances à peu près identiques, a pour elle six chances sur dix de vérité? Evidemment non : pour le supposer il faudrait encore admettre une certaine uniformité dans le cours de la nature morale, et partout, nous le répétons, au lieu de l'uniformité, se manifeste la plus singulière diversité. Les statistiques seraient d'ailleurs nécessairement établies dans des limites déterminées de temps, de lieu, d'individus, et qui sait peut-être si, dans des li-

(1) Les présomptions *juris et de jure* sont d'ailleurs, à notre avis, les seules qui prêtent à la critique et par suite les seules dont nous ayons à nous occuper. C'est en ce sens que doit être entendue toute notre conclusion.

mites plus étendues ou différentes, ce ne serait pas l'inverse des proportions révélées qui contiendrait l'expression de la réalité?

En tous cas, même avec les évaluations les plus exactes, c'est-à-dire faites d'après un nombre presque indéterminé de phénomènes tous analysés et classés avec une scrupuleuse précision, on n'aboutirait jamais qu'à des probabilités, et les probabilités, sauf dans quelques hypothèses exceptionnelles, ne suffisent pas à assurer le fondement d'une loi, à moins de tomber dans ces généralisations à outrance, qui, bien qu'établies avec la sanction apparente de l'expérience, ne trouvent aucune base dans la nature. « Itaque, pourrait-on dire avec Bacon, recte respondit ille qui cum suspensa tabula in templo ei monstraretur eorum qui vota solverant, quod naufragii periculo elapsi sint, atque interrogando premeretur, anne tum quidem Deorum numen agnosceret, quæsit de-nuo : At ubi sunt illi depicti qui post vota nuncupata perierunt? Eadem ratio est fere omnis superstitionis, ut in astrologicis, in somniis, ominibus, nemesibus et hujusmodi, in quibus homines, delectati hujusmodi vanitatibus, *advertunt eventus ubi implentur ; ast ubi fallunt, licet multo frequentius, tamen negligunt et prætereunt* (1). »

123. — Malgré l'absence presque complète de fondement logique imputable aux présomptions légales, ou du moins aux présomptions légales absolues, le législateur n'a pas hésité à leur accorder dans son œuvre une place considérable. Il nous reste donc à rechercher quelle est la valeur des règles établies en cette matière et surtout à essayer de montrer à quelles conditions elles sont ou seraient justifiables. Ce doit être la seconde et dernière partie de cette conclusion.

Il est impossible que l'arbitraire qui a présidé à l'établissement théorique des présomptions légales ne se retrouve pas dans leurs applications concrètes. Aussi croyons-nous inutile de reproduire ici un grief déjà bien souvent développé, savoir : que les présomptions légales ont pour résultat : 1° en boule-

(1) *Nov. Org.*, 46.

versant complètement l'ordre et les principes de la preuve, non seulement de restreindre, mais souvent même de supprimer la liberté qu'a tout individu dans une société normale de faire valoir et de défendre ses droits en justice ; 2° d'enlever tout poids à la preuve dont elles tiennent lieu, en empêchant le débat contradictoire auquel celle-ci serait soumise. Le plus singulier c'est que, pour introduire dans notre droit les présomptions légales, les auteurs de la loi n'ont pas réfléchi qu'ils se mettaient en contradiction complète avec eux-mêmes, puisqu'ils se permettent ainsi par une faveur spéciale ce qu'ils défendent rigoureusement dans toute autre circonstance. En effet toutes les règles en matière de preuves concourent à démontrer d'une manière indubitable que des magistrats n'auraient pas le droit de décider une contestation d'après la connaissance personnelle qu'ils posséderaient des faits litigieux. Que serait la prétendue preuve consistant dans la connaissance personnelle du juge ? Un témoignage à l'égard duquel les parties seraient privées de tout contrôle, que par conséquent elles ne pourraient combattre, et dont la justification resterait d'autant plus problématique que le juge, comme tout autre, peut se tromper. Il est donc conforme à l'équité et à la morale qu'il fasse abstraction de ce qu'il sait personnellement, ou, pour mieux dire, de ce qu'il croit savoir ; car il y a toujours une chance d'erreur dans nos convictions les plus fermes. Le législateur, lui, ne tient nullement compte de ces considérations ; de telle sorte qu'après s'être érigé lui-même, en ce qui concerne ses présomptions, en juge par prescience, il a recours, pour rendre la justice, à des moyens qu'ils condamnerait s'ils étaient employés par les tribunaux institués, et méconnaît, quand il s'agit de ses propres décisions, la première règle de toute justice : *ne quis inauditus condemnetur*. Dira-t-on qu'avant d'en arriver là ce législateur s'est entouré lui-même de preuves, et que la seule différence qui le sépare d'avec les juges ordinaires, c'est que, tandis que ceux-ci cherchent et doivent chercher les éléments de leur conviction dans les faits produits à leur barre, lui puise ses

motifs d'agir dans toutes les causes qui sont précédemment déroulées et dénouées devant les tribunaux et qui lui fournissent des éléments d'information en nombre suffisant pour écarter autant que possible les chances d'erreur? Nous répondrions que le procédé n'en est pas moins blâmable, car personne ne songerait à soutenir qu'un juge a le droit de décider les contestations dont il est appelé à connaître, non seulement à l'aide de preuves administrées dans la même instance et contradictoirement avec la partie à laquelle on les oppose, mais même à l'aide de renseignements empruntés à de précédentes instances et, par exemple, à des enquêtes où ne seraient pas intervenues les parties qui figurent dans le procès pendant.

124. — Ces dérogations successives au droit commun et même, il faut bien le reconnaître, à l'idée de justice, répondent à des considérations d'ordre public ou de convenances sociales se résumant toutes dans le désir d'empêcher de nombreux procès, soit par crainte du scandale, soit par défiance de la sagacité naturelle des juges : telle est du moins la seule raison à laquelle on ait eu recours toutes les fois qu'il y a eu lieu de motiver les présomptions légales. Mais, comme il est non moins d'intérêt public que la loi soit respectée et que, pour atteindre ce but, la première condition est qu'elle inspire confiance, toute la question est de savoir si, dans l'organisation des présomptions légales, notre législateur n'a pas dépassé la limite permise de l'absolu pour mériter cette confiance, et par là même n'a pas porté à l'ordre public une atteinte plus grave que celle contre laquelle il voulait le défendre (1). La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur établit la libération de celui-ci à l'exclusion de toute preuve contraire. Or ne se peut-il pas que malgré la remise du titre le créancier n'ait

(1) Le système ou l'esprit de défiance à l'égard des magistrats doit connaître des bornes, d'autant mieux qu'aujourd'hui, où tout est livré au contrôle de l'opinion publique et passé au crible d'une publicité parfois exagérée, la magistrature est tenue de s'observer elle-même chaque jour, sous peine de voir ses jugements et arrêts encore plus âprement commentés que les lois, œuvre d'un être à peu près impersonnel.

pas libéré le débiteur? Le voilà néanmoins privé de sa créance, puisqu'il lui est défendu de prouver que la dette subsiste. Un malade fait une donation à la femme de son médecin : la loi la répète fidèle à l'incapable et produit la preuve contraire. Or il se trouve que la femme est séparée de corps de son mari; l'immunité qui est due entre eux ne permet pas de supposer que la femme soit une personne interposée, alors que de longues relations d'amitié expliquent et justifient la donation faite à la femme. N'y a-t-il pas iniquité à la priver arbitrairement d'un bénéfice aussi parfaitement légitime? — Mieux encore : sous couleur de sauvegarder la morale publique, le législateur refuse d'une manière générale l'action en justice pour dette de jeu; et ce même législateur autorise et réglemente le jeu, y trouve pour l'État une source de revenus, reconnaît par suite que, dans certains milieux et entouré de garanties, il n'est en rien contraire à l'ordre public. Ainsi d'une part, dès qu'il paraît utile d'admettre ou de tolérer les jeux et moral d'en tirer profit, la loi présume qu'ils réunissent toutes les conditions requises de loyauté et de moralité. D'autre part, qu'un joueur ne s'avise pas de réclamer la protection des tribunaux : car immédiatement c'est la présomption inverse qui, de par la même loi, se tourne contre lui. — Il serait d'ailleurs facile de présenter d'autres hypothèses se traduisant toutes, à l'exemple des précédentes, en de véritables expropriations, mais celles-là sans utilité publique comme sans indemnité.

125. — Les partisans du maintien des présomptions légales, telles qu'elles sont actuellement organisées par le Code civil, se gardent bien de méconnaître ces inconvénients. Mais ils ajoutent qu'ils sont encore plus rares que les abus auxquels aurait donné lieu la preuve contraire, si on l'avait admise; que d'ailleurs les intérêts méconnus ne sont jamais que des intérêts particuliers, alors que prévenir les procès est un intérêt général qui doit, en cette qualité, l'emporter sur l'intérêt particulier.

Mais tout d'abord cet argument, puisé dans l'intention supposée de la part du législateur de prévenir à tout prix

les procès, nous paraît, nous l'avouons, en complète disproportion avec les résultats pratiques auxquels il aboutit. Il est en outre empreint de cet esprit de socialisme d'État, peut-être inconscient chez les rédacteurs du Code civil, mais qui se révèle à chaque instant dans leur œuvre et qui les portait à défendre vaille que vaille les individus, au risque de détruire l'initiative personnelle, par cela même le plus souvent réduite à sa plus simple expression. Enfin, comme le remarque avec raison M. Laurent, dans sa remarquable, mais trop courte critique des présomptions légales, on comprend que la loi sacrifie un intérêt particulier à un intérêt général : cela ne veut pas dire néanmoins qu'elle puisse sacrifier le droit des particuliers à l'intérêt de la société. « Le « premier intérêt de la société, et le plus grand, c'est que « les droits des individus soient garantis : c'est un des fon- « dements de l'ordre social. Donc, si un homme prétend « avoir un droit, il faut lui permettre de le faire valoir en « justice. Qu'importe que quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent « le procès ne soit pas fondé ? Il suffit qu'une fois sur cent « la loi refuse de faire justice pour condamner une théorie « qui aboutit à légitimer l'iniquité. Quant aux plaideurs « téméraires, il y a d'autres moyens de les punir (1). »

126. — C'est évidemment là ce que l'on doit songer à réclamer des présomptions légales. Malgré le régime exceptionnel qu'elles impliquent, on ne peut vouloir les faire disparaître de nos lois. Nous ne croyons même pas qu'il serait rationnel de demander leur suppression partielle, car autant vaudrait exiger un complet remaniement de notre législation civile. La réforme qui s'impose, à nos yeux, est beaucoup moins radicale, et nous estimons que la logique et l'équité pourront se déclarer satisfaites dès que l'on aura réservé contre toute présomption légale et en toute matière le principe de la preuve contraire. C'était la théorie admise par le

(1) XIX, n° 649.

(2) A moins bien entendu, qu'il ne s'agisse de quelque-une de ces présomptions byzantines, telle, par ex., la présomption des *commorientes*.

droit romain, au moins dans la période classique, où nous ne connaissons pas d'exemple de présomption *juris et de jure* au sens actuel du mot. C'est encore la théorie consacrée de nos jours par une législation voisine de la nôtre, plus formaliste aussi, mais certainement plus respectueuse à beaucoup de points de vue de la liberté individuelle. Contre l'abus des procès le droit romain avait eu recours à un moyen très simple, mais qui ne pourrait guère se recommander aujourd'hui : il frappait de peines les *temere litigantes* et de plus obligeait les plaideurs à affirmer sous serment, au début de l'instance, que ce n'était pas par esprit de chicane qu'ils saisissaient la justice de leurs différends. Quant à la législation anglaise, elle a cherché dans la pratique des dommages-intérêts un remède non moins actif et plus moderne contre le développement des procès vexatoires. Or la loi anglaise, pas plus que la loi romaine, ne s'est mal trouvée, que l'on sache, d'avoir permis la preuve contre les présomptions légales.

127.— Est-il au surplus bien nécessaire d'insister sur le progrès que viendrait réaliser une pareille réforme ? Les reproches que nous avons adressés aux présomptions légales *juris et de jure* peuvent se résumer en trois points principaux : — 1° elles manquent de fondement logique ; — 2° en excluant la preuve contraire, pour ne la permettre que dans certains cas déterminés, mais sans que cette faveur réponde à aucune idée générale, elles laissent à l'arbitraire la plus large place ; — 3° elles sont, en droit, contraires à toute idée de preuve, puisqu'elles repoussent le débat contradictoire, en dehors duquel la preuve ne présente aucune garantie. — Il est facile de voir que la réserve sans restriction de la preuve contraire ferait du même coup disparaître ces divers griefs. Ce qui rend insoutenable au point de vue logique le système actuel des présomptions légales absolues, c'est que, fondées sur l'expérience, elles sont dès le moment de leur établissement soustraites à la justification par une expérience postérieure et manquent ainsi de l'élément indispensable à toute généralisation basée sur ce mode d'inférence : que l'on per-

mette la preuve contraire, et la vérification postérieure nécessaire résulte de l'administration même de cette preuve.

En même temps la présomption légale recouvre, au point de vue juridique, toute sa valeur comme *moyen de preuve*, puisque dès lors elle fait l'objet, comme tout autre procédé de recherche judiciaire, d'un libre débat à l'audience et respecte ainsi le principe fondamental : *ne quis inauditus condemnatur*. En troisième lieu l'accusation d'arbitraire n'est plus possible, car c'est par une nécessité d'ordre public que se justifiera la preuve permise contre toute présomption légale sans distinction d'espèce, et cette fois l'idée d'ordre public ne sera plus une simple idée contingente, mais bien l'idée générale qui jusqu'ici nous avait fait défaut pour expliquer l'admissibilité exceptionnelle de la preuve contraire dans les termes de l'article 1352. — D'un autre côté, le but auquel tendent les présomptions légales n'en demeurerait pas moins atteint : elles continueraient en effet à rejeter le fardeau d'une preuve, toujours aléatoire, souvent impossible, sur la partie contre laquelle elles seraient invoquées ; et, nous en sommes convaincus, cela suffirait dans la plupart des cas pour empêcher les procès et prévenir les fraudes, conformément au vœu du législateur, mais sans froisser désormais la raison et l'équité.

Nous ajouterons enfin que maintenir le principe de la prohibition de la preuve contraire dans les présomptions les plus graves nous paraîtrait d'autant plus regrettable que l'admission même du serment et de l'aveu judiciaires, d'après la disposition finale de l'art. 1352, fait l'objet de discussions ; mais, l'affirmative dût-elle prévaloir définitivement, il resterait encore vrai de dire qu'en matière d'intérêts pécuniaires, aujourd'hui moins que jamais, il n'est suffisant ni bien sûr d'avoir à s'en remettre, en dernier recours, à la conscience de son adversaire.

128. — Depuis 1804 quelques lois sont venues tardivement non pas tant restreindre le nombre des présomptions légales, que diminuer la portée de quelques-unes d'entre elles. Ainsi

la loi des 5-15 décembre 1850, votée sur l'initiative et le rapport d'un savant et vénérable professeur de la faculté de Droit de Paris (1), a facilité le désaveu du mari pour le cas de séparation de corps et de procédure en séparation de corps, alors qu'auparavant plus une femme était audacieusement débauchée, plus le désaveu devenait difficile, plus la famille était menacée d'adultérins présumés légitimes (2). Il a fallu, il est vrai, cinquante ans pour obtenir une légère amélioration sur ce point; cinquante ans, plus peut-être une révolution, car il semble que presque toujours dans notre pays une révolution soit nécessaire pour rappeler au parlement les réformes utiles; au reste, un changement de demeure est souvent indispensable pour que l'on s'aperçoive que le mobilier a changé de mode ou se trouve hors d'usage (3). — De même le décret-loi du 15 novembre 1870 a innové, dans le sens de la raison et de l'équité, contre l'importante présomption légale, d'intérêt public au premier chef, que *nul n'est censé ignorer la loi*. L'intérêt public n'a pas depuis souffert de cette innovation. Enfin on doit citer également la loi du 2 août 1868, abrogatoire de l'article 1781 du Code civil, et celle du 5 janvier 1883, qui modifie l'article 1734 du même Code.

129. — Nous souhaitons que l'on continue, sans attendre les révolutions, à faire moins grande et moins forte la part des présomptions légales, persuadés qu'en toute matière le législateur ne saurait jamais trop sacrifier l'arbitraire, alors même qu'il invoque les considérations en apparence les plus respectables et prétend concourir à la sauvegarde de la so-

(1) M. Demante père, député à l'Assemblée législative.

(2) V. Loi de 1850, rapprochée de l'ancien art. 343 C. civ., et le remarquable rapport de M. Demante (*Moniteur* de 1850, n° 222, p. 2796.)

(3) L'amélioration qui résulte de la loi de 1850 est certainement légère et on pourrait faire plus à la fois pour le mari et pour la famille, sans aller aussi loin sans doute que la loi romaine, qui semble avoir regardé comme un suffisant obstacle à l'abus du désaveu le voile épais que de tout temps la Providence a jeté sur les yeux des maris, ou plutôt peut-être sur les yeux du père. — A la loi de 1850, joindre celle du 27 juillet 1884, pour le cas de procédure en divorce.

ciété : « Toutes les vérités, écrivait Cicéron, qui prennent
« leur source dans les passions momentanées, dans les inté-
« rêts fugitifs, passent et périssent avec l'âge qui les voit
« naître. Si quelque chose au contraire est approuvé d'âge
« en âge chez tous les peuples malgré la diversité des in-
« térêts et des mœurs, n'en doutez pas c'est la vérité même. »

P.-L. GEFFROY.

POSITIONS

Positions prises dans la thèse.

DROIT ROMAIN

I. — Dans l'action *in rem sacramenti* le demandeur avait seul à fournir la preuve de sa propriété.

II. — La maxime *testis unus, testis nullus* a toujours été admise comme règle de droit par la législation romaine.

III. — L'aveu judiciaire était valable, avec ce caractère, indépendamment de toute *interrogatio in jure* préalable.

IV. — L'aveu complexe était toujours indivisible.

V. — L'écriture conserve dans le droit de Justinien le double pouvoir de faire naître, en certains cas, l'obligation et d'en procurer en même temps la preuve.

DROIT FRANÇAIS

VI. — La présomption légale implicitement contenue dans l'article 1569 C. civ. ne doit jamais être considérée comme une présomption *juris et de jure*, et d'autre part elle ne peut être invoquée que par la femme ou par ses héritiers.

VII. — La présomption Mucienne, ou de la loi *Quintus Mucius*, ne doit pas recevoir dans notre droit le caractère de présomption légale même *juris tantum*.

VIII. — L'art. 1432 C. civ. n'implique nullement que, lorsque le mari s'est borné à autoriser sa femme à aliéner un de ses immeubles propres, il cesse d'être tenu de l'obligation de garantie que lui impose la règle générale de l'art. 1419 C. c.

IX. — La règle de l'art. 2279, al. 1, ne peut s'expliquer ni par une présomption légale, ni par une prescription acquisitive : on ne doit y voir que la formule d'un mode d'acquisition particulier de la propriété des meubles.

X. — Dès que la loi permet contre une présomption légale *juris et de jure* l'emploi de certains moyens de preuve expressément déterminés, elle exclut par là même l'aveu et le serment.

Positions prises hors de la thèse.

DROIT ROMAIN

XI. — Les *heredes sui*, propriétaires *quodam modo* du vivant même du chef de famille, n'étaient cependant pas investis *ipso jure*, à la mort de celui-ci, de la possession.

XII. — Pour tous les droits réels qui n'étaient pas susceptibles d'être acquis par usucapion la formule de l'action publicienne était, non plus fictive, mais rédigée *in factum*.

XIII. — Dans le dernier état du droit, et en particulier dans la législation de Justinien, la convention *facio ut des* ne formait pas encore un contrat sanctionné d'une manière générale par l'action *præscriptis verbis*; l'auteur du fait n'avait à sa disposition que l'action *de dolo*.

XIV. — Le caractère d'action *bonæ fidei*, en matière de contrats innomés, ne doit être reconnu à l'action *præscriptis verbis* que conformément au § 28, liv. IV, tit. VI, des Institutes, à moins que ce caractère ne résulte d'un texte formel.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

XV. — L'officier de l'état civil ne peut exiger du déclarant l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel.

XVI. — La possession d'état, en matière de filiation naturelle, n'est pas plus une preuve de la maternité que de la paternité.

XVII. — Quand un écrit, authentique ou privé, constatant une obligation, n'en mentionne pas la cause, c'est au débiteur de prouver le défaut de cause, et non au créancier d'établir l'existence d'une cause.

XVIII. — Dans l'exercice de l'action Paulienne, la preuve du préjudice doit être seule exigée, toutes les fois que les textes ne visent expressément que cette condition ou qu'ils restent muets à l'égard de la fraude.

DROIT COMMERCIAL

XIX. — Là où la loi commerciale n'a pas établi de moyens de

preuve spéciaux, la défense posée par la loi civile de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes n'est pas applicable en matière de commerce.

DROIT CRIMINEL

XX. — Lorsqu'un individu, accusé du crime de bigamie, oppose la nullité d'un des mariages par lui contractés, le tribunal de répression est compétent pour connaître de cette question, qu'il s'agisse du premier ou du second mariage.

XXI. — Dans l'état actuel de notre législation pénale, le duel, quand il est régulier, ne constitue ni un crime, ni un délit ; il n'est même pas à désirer qu'il en soit autrement.

DROIT INTERNATIONAL

XXII. — Le pouvoir d'accorder ou de refuser l'*exequatur* aux jugements rendus par les juridictions étrangères implique pour les tribunaux français le droit de reviser ces jugements au fond.

Vu par le Doyen :
COLMET DE SANTERRE.

Le Président,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.....	N ^{os} I-III
-------------------	-----------------------

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES COMMUNES AUX DIFFÉRENTES CLASSES DE PRÉSUMPTIONS LÉGALES

SECTION 1. — Notion de la Présomption légale.....	n ^o 1-7
SECTION 2. — Définition spéciale, par la loi, des présomptions légales. — Difficultés d'application.....	8-11
SECTION 3. — Justification des présomptions légales dans l'es- prit de la loi. — Leur division d'après leur plus au moins de valeur probante.....	12-14
SECTION 4. — A quel signe se révèle dans les textes une pré- somption légale.....	15
SECTION 5. — Distinction entre la nullité sur présomption légale et la nullité pour cause d'incapacité légale ou pour autre cause.....	16-17

CHAPITRE II

QUESTIONS SPÉCIALES AUX PRÉSUMPTIONS LÉGALES QUI EMPORTENT ANNULATION D'ACTES OU DÉNÉGATION D'ACTION EN JUSTICE

SECTION 1. — Observation préalable et mention de ces pré- somptions.....	18-26
SECTION 2. — De l'aveu et du serment judiciaires considérés comme moyens de preuve contre les présomptions léga- les absolues.....	27-37

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ D'UN CERTAIN NOMBRE DE CAS D'APPLICATION DES PRÉSUMPTIONS
LÉGALES EN DROIT PRIVÉ

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES

SECTION 1. — Aperçu du droit romain en matière de présomp- tions légales. — Retour à notre droit.....	38-44
SECTION 2. — Présomptions communes au droit public et au droit privé.....	45-46
SECTION 3. — De l'aveu et du serment comme inexactement rangés parmi les présomptions légales. — Observations connexes sur l'autorité de la chose jugée.....	47-49

CHAPITRE II

EXPOSÉ D'UN CERTAIN NOMBRE DE PRÉSUMPTIONS LÉGALES
DU DROIT PRIVÉ

	50
SECTION 1. — Présomptions relatives à l'état des personnes.	51
§ I. — Absence.....	51
§ II. — Mariage.....	52
§ III. — Filiation.....	53
§ IV. — Tutelle.....	54-55
SECTION 2. — Présomptions relatives aux biens.....	56
§ I. — Propriété.....	56-58
§ II. — Usufruit.....	59
§ III. — Servitudes.....	60-61
SECTION 3. — Présomptions relatives aux moyens d'acquérir.	62
§ I. — Successions.....	62-70
§ II. — Donations entre vifs ou testamentaires.....	71-75
§ III. — Contrats et obligations.....	76
A. — Contrats et obligations en général.....	76-80
B. — Contrat de mariage.....	81-86
C. — Contrats de vente, de louage, de prêt.....	87-94
SECTION 4. — Présomptions relatives à la prescription.....	95-103
SECTION 5. — Présomptions relatives aux moyens de preuve.	104-107
SECTION 6. — Présomptions en matière de commerce.....	108
§ I. — Actes de commerce.....	109-111
§ II. — Contrat de transport.....	112
§ III. — Lettre de change.....	113-114
§ IV. — Faillite.....	115-116
§ V. — Droit maritime.....	117-119

CONCLUSION

Critique législative des présomptions légales.....	120-129
--	---------

